Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von

ERNST TSCHACKSCH

Gerichtsreferendar aus Neubabelsberg

Marburg 1931

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231.

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 20. Februar 1932

Berichterstatter: Prof. Dr. Genzmer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Bruder Hellmuth!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0095

Gliederung.

Seite

§ 1 Rechtfertigung der Fragestellung 9
§ 2 Grundlegung. — Der schuldlos rechtswidrige Verwaltungsakt . . 10
§ 3 Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses zwischen Staat und Untertan 16
§ 4 Die Rechtsnatur des öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruchs 19
§ 5 Die öffentlichrechtliche Entschädigung im französischen Recht 24
§ 6 Die öffentlichrechtliche Entschädigung in der deutschen Rechtswissenschaft 27
1. Von Hugo Grotius bis Loening 27
2. Von Georg Meyer bis Otto Mayer 30
§ 7 Kritik 33
§ 8 Die Rechtsprechung zu der Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung 35
§ 9 Kritik 38
§ 10 Eigene Begründung 40
§ 11 Der Umfang des Entschädigungsanspruchs 51
§ 12 Die Frage der Zuständigkeit 51

Schrifttum.

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, Verwaltungs-Archiv V S. 1 ff.

— Die Verfassung des Deutschen Reichs, 11. Auflage.

Bähr: Der Rechtsstaat 1864.

Beling: Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, Rektoratsrede Tübingen 1913.

Binding: Das bedingte Verbrechen, Gerichtssaal 68 S. 1 ff.

Dock: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, Archiv für öffentliches Recht 16, S. 244 ff.

Drews: Preußisches Polizeirecht. Allg. Teil, 1927.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage 1928.

— Oeffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, Festgabe der Juristischen Fakultät Basel für Heusler, 1904 S. 92 ff.

Friedrichs: Polizeigesetz 1911.

— Schadensersatzansprüche gegen Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden nach Reichs- und preußischem Recht 1923.

Furler: Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates. Dissertation Heidelberg 1928 (Abdruck im Verwaltungs-Archiv 33 S. 340 ff.)

v. Gehe: Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Rechte, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung 34 S. 134 ff.

Genzmer: „Allgemeines Verwaltungsrecht von Adolf Merkl", Beamtenjahrbuch 1930 S. 44 ff.

Otto Gierke: Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für die von ihren Beamten bei Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schäden? Gutachten in Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages 1. Band S. 102 ff.

Otto v. Gierke: Die Grundbegriffe des Staatsrechts und der neusten Staatsrechtstheorien 1915 (1874).

— Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien 3. Auflage 1913.

Giese: Deutsches Verwaltungsrecht 1930.

Goldschmidt: Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke 1910 Bd. III S. 109 ff.

Hartmann: Ueber den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, Deutsche Juristenzeitung 1910, Spalte 1259 ff.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 5/6. Auflage 1927.

Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892.

— Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurteilter, Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) Bd. 20 S. 455 ff.

Walter Jellinek: Der Schutz des öffentlichen Rechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 2, S. 56 ff.
— Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908.
— Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1931.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911.
— Ueber Staatsunrecht, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschr.) Bd. 40 S. 1 ff.
Kisch: Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht 1905.
Klinger: Die öffentlich-rechtliche Entschädigung nach sächsischem Recht, Dissertation Leipzig 1925.
Koch, Hans: Das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung und die Kritik der Lehre von der Vorteilsausgleichung sowie der öffentlichen Rechte- und Pflichtenverschiebung. Dissertation Köln 1928.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910.
Kronecker: Die Entschädigung unschuldig Verhafteter 1883. Manuldruck 1925.
Kuhle: Die öffentlich-rechtliche Entschädigung in der Behandlung der deutschen Rechtsprechung. Dissertation Jena 1925.
Lachs: Der Rechtsgrund der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, Dissertation Heidelberg 1918 (1923).
Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht 1921.
Layer: Ueberprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 1929, Heft 5.
Loening: Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht 1879.
Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1924.
— Theorie des französischen Verwaltungsrechts 1886.
— Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht 1904, Neue Zeit- und Streitfragen, Gehe-Stiftung zu Dresden, 1. Jahrgang, 8. Heft.
— Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1913, S. 1 ff.
Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht 1927.
Georg Meyer: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes 1899.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes 7. Auflage 1919.
Parisius: Die Haftung für Unfälle und Schäden im Feuerlöschdienst, Preußisches Verwaltungsblatt 46, S. 456 ff.
Perlmann: Ueber die Entschädigung für Einwirkungen der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift), Bd. 34 S. 57 ff.
— Studien zur Frage der Schadenshaftung des Staates und ihrer Geltendmachung, Archiv für öffentliches Recht, Band 24 S. 520 ff.
Piloty: Die Haftung des Staats für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, Annalen des Deutschen Reichs 1888, S. 245 ff.
Schattenberg: Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter, Dissertation Tübingen 1930.
Scheffler: Die Entwicklung des Problems der öffentlich-rechtlichen Entschädigung in Theorie und Praxis vom römischen Recht bis zu den Sozialisierungsgesetzen, Dissertation Breslau 1922.
Schelcher: Die rechtliche Natur und die Wirkungen der Eisenbahnkonzession in Sachsen, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Band 20, S. 97 ff.
— Die Entschädigung des Straßenanliegers, ebendort Band 34 S. 1 ff.
— Die Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte, ebendort Band 52 S. 1 ff.

Richard Schmidt: Die Grundlinien des deutschen Staatswesens 1919.
Carl Schmitt: Verfassungslehre 1928.
Sprecher v. Bernegg: Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Dissertation Bern 1921.
Stengel: Die Haftung des Staats für den durch seine Organe und Beamten Dritten zugefügten Schaden, Annalen des Deutschen Reichs 1901, S. 481 ff. S. 561 ff.
Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht: Oeffentliches Schadensersatzrecht, Archiv für öffentliches Recht IX, S. 495 ff.
Thoma: Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band IV 1910 S. 196 ff.
Tobler: Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft 1905 I.
Wachler und Naundorff: Rechtsgrundsätze des K. S. Oberverwaltungsgerichts, Band 1, Heft 1, Beilageheft 1, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Band 28.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 77.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 2, 3, 15, 20.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 11, 22, 25, 26, 34, 41, 57, 64, 70, 71, 76, 79, 94, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 113, 114, 117, 121.

Abkürzungen.

Annalen	Annalen des Deutschen Reichs.
Arch f. ö. R.	Archiv für öffentliches Recht.
D.J.Z.	Deutsche Juristen Zeitung.
J.W.	Juristische Wochenschrift.
Pr.O.V.G.	Preußisches Oberverwaltungsgericht.
R.G.St.	Reichsgericht in Strafsachen.
R.G.Z.	Reichsgericht in Zivilsachen.
Sächs.Arch.	Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv.
Grünhuts Zeitschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

§ 1

Rechtfertigung der Fragestellung.

Die Arbeit will untersuchen, ob der Staat für rechtswidrige Verwaltungsakte, bei denen ein Verschulden seiner Organe nicht vorliegt, Entschädigung zu leisten hat. Da die genannte Frage unter das große Gebiet der öffentlichrechtlichen Entschädigung fällt, bedarf ihre Herausnahme und gesonderte Behandlung der Rechtfertigung.

Ziel der wissenschaftlichen Bearbeitung einer Rechtseinrichtung oder eines Rechtsgebietes soll die möglichst einheitliche und umfassende Erforschung eines zusammengehörigen Fragenkreises sein. Abtrennung einzelner Gebiete und Vernachlässigung anderer soll dadurch vermieden werden. Andere Grundsätze gelten allerdings für die Bearbeitung einer Sonderfrage, wie es sich schon aus der veränderten Zielsetzung ergibt. Handelt es sich jedoch um theoretische Untersuchungen im obigen Sinne, so hat der genannte Grundsatz zu gelten.

Wird denn aber durch unsere Fragestellung Zusammengehöriges getrennt? Unseres Erachtens ist dies zu verneinen.

In der Rechtslehre ist die getrennte Behandlung der öffentlichrechtlichen Entschädigungsfragen unter dem Gesichtspunkt gerügt worden[1]), daß sie die wissenschaftliche Bearbeitung zum Teil veranlaßt habe, nur die eine Seite der Frage zu untersuchen und die andere zu vernachlässigen. Dies ist zutreffend. So untersucht, um nur einige Beispiele zu nennen, Anschütz[2]) allein die Frage der Entschädigungspflicht bei rechtmäßigem Eingriff, Loening[3]) die bei rechtswidrigem. Doch ist diese Erscheinung nur zu begrüßen, da so eine Klärung der strittigen Fragen eher erreicht wird als durch die Allgemeinbehandlung, die der Größe des Gebietes entsprechend die auftauchenden Zweifelsfragen nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit zu klären vermag. Auch W. Jellinek[4]) rät, die schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakte nicht den rechtmäßigen beizuzählen. Dadurch würde nur eine Verwirrung der Rechtslage entstehen. Die be-

---

[1]) Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34 S. 90; vgl. auch Lachs, Rechtsgrund d. ö. r. Entschädigung S. 65 ff.; Furler, Verw.Arch. 33 S. 408.

[2]) Anschütz, Verw.Arch. V S. 1 ff.

[3]) Loening, Haftung des Staats aus rechtswidr. Handl. seiner Beamten.

[4]) W. Jellinek, Verw.Recht S. 328, ebenso Schelcher, Fischers Zeitschr. 52 S. 4.

hauptete Einheitlichkeit des Fragenkreises ist gar nicht vorhanden. Die nur scheinbare Zusammengehörigkeit zeigt sich, wenn wir den rechtlichen Grund für den Entschädigungsanspruch bei rechtmäßigem und bei rechtswidrigem Eingriff untersuchen. Hier Näheres sagen, hieße die rechtliche Untersuchung des Problems vorwegnehmen. Wir beschränken uns daher auf eine Andeutung.

Bei rechtmäßigem Eingriff steht Norm und Geschehen im Einklang. Der Staat fordert vom Bürger nur das dem Gesetz Entsprechende, nur Erfüllung der gesetzlich festgelegten Pflichten. Ob er in Ausübung seiner gesetzgebenden Gewalt neue Eingriffe in den Rechtskreis des Untertanen vornehmen kann, ohne zur Entschädigung verpflichtet zu sein, bedarf hier nicht der Untersuchung. Es gilt nur festzustellen, daß die rechtliche Erörterung bei beiden Fragen von anderen Gesichtspunkten auszugehen hat, und daß der Rechtsgrund für einen Entschädigungsanspruch wegen rechtswidrigen Eingriffs im Widerspruch zwischen Norm und tatsächlichem Geschehen zu suchen ist. Hiermit ist die besondere Problemstellung erkannt und die Einzelbehandlung der Frage der Entschädigungspflicht bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten gerechtfertigt.

Das Problem der Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten ist im Schrifttum oft übersehen worden. Man stellt nur den rechtmäßigen und den schuldhaft rechtswidrigen Verwaltungsakt einander gegenüber[5]). Einige Schriftsteller behandeln allerdings den schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakt unter dem Begriff des rechtmäßigen mit[6]). Das Uebersehen der Frage spricht aber nicht gegen die gesonderte Behandlung der genannten Einzelfragen, da wir ihre rechtliche Verschiedenheit erkannt haben, und der genannte Mißstand nicht zu einem Fehler führen darf, rechtlich Verschiedenes als zusammengehörig zu behandeln[7]).

§ 2

Grundlegung. Der schuldlos rechtswidrige Verwaltungsakt.

Vor der Untersuchung der rechtlichen Grundlagen für eine Entschädigungspflicht des Staates ist das hier zu erörternde Gebiet der Eingriffe in den Rechtskreis des einzelnen zu umgrenzen.

Unter dem Begriff „Verwaltungsakt" verstehen wir die Tätigkeit des Staates auf dem Gebiet der Verwaltung im weiteren Sinne, d. h. Verwaltung als die eine Willensäußerung der einheitlichen Staatsgewalt im Gegensatz zu der anderen, der Gesetzgebung. Akt der Verwaltung ist für uns sowohl die rechtsprechende Tätigkeit des

[5]) Giese, Verwaltungsrecht S. 107; Hatschek, Verwaltungsrecht S. 275/76; Dock, Arch. f. ö. R. 16 S. 245.

[6]) Hierüber im nächsten Paragraphen.

[7]) Vgl. hierzu auch Loening, Haftung des Staats S. 94 Anm. 1.

Staates als auch die rein verwaltende (Verwaltung im engeren Sinne)[1]). Für letztere läßt sich aus historischen Gründen und wegen des großen Umfanges des Gebietes keine positive Begriffsbestimmung geben. Wir müssen uns daher mit der negierenden begnügen: Verwaltung im engeren Sinne ist jede Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist. Hiermit stellen wir uns auf den Boden der herrschenden Ansicht von der Trennung der Gewalten, richtiger der Funktionen der einheitlichen Staatsgewalt, wie sie auch in der Weimarer Verfassung durchgeführt ist[2]).

Gegnerin dieser Lehre ist die Wiener Schule, die die Trennung zwischen Gesetzgebung und Vollziehung leugnet. Es würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, in eine grundsätzliche Erörterung der genannten Streitfrage einzutreten. Da wir jedoch zur Abgrenzung des hier zu behandelnden Problems den Begriff Verwaltung festlegen müssen, bedarf es einer kurzen Stellungnahme zu der gegnerischen Auffassung.

Nach Merkl[3]) baut sich die Staatsgewalt und deren Ausübung auf mehreren Stufen auf. Die erste Stufe ist die „Grundnorm"; es folgen Verfassung, Gesetz, Ausführungsverordnung, Verfügung und Zwangsdurchsetzung. Jeder Stufe ist der Doppelcharakter der Ausführung und der Normsetzung eigen. Welcher Natur sie ist, zeigt sich je nach dem Blickpunkt, unter dem man sie betrachtet. So ist das „Gesetz" der Verfassung gegenüber Ausführung, während es dem Untertan gegenüber Normsetzung ist. Dies wiederholt sich in jeder Stufe, außer in der obersten und untersten, die nur Normsetzung bzw. Ausführung sind. Diese zwischen Gesetzgebung und Verwaltung festgestellte Verschiedenheit wiederholt sich nun auch innerhalb der Gesetzgebung und innerhalb der Verwaltung. Immer besteht der Unterschied zwischen Rechtserzeugung und Rechtsvollziehung[4]). Rechtserzeugung, „Gesetzgebung" im Sinne des unmittelbaren Vollzuges der Verfassung, und Vollziehung im Sinne des Vollzuges der Gesetzgebung[5]). Bei dieser Betrachtung kommen Gesetzgebung und Verwaltung in so enge Berührung, daß die Abgrenzung beider nur zu einer Frage zweckmäßiger Systematik wird.

Wir müssen diese Ansicht ablehnen, weil sie auf Grund rein formaler Abgrenzung zu nicht annehmbaren Ergebnissen führt. Danach wäre die Ernennung eines Beamten durch den Reichspräsidenten „Normsetzung", wird sie aber kraft Delegation durch einen Minister

---

[1]) Kormann, System d. rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 13; Otto Mayer, Sächs.Arch. 1913, S. 6.

[2]) Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 31; Fleiner, Verwalt. Recht S. 11 Anm. 8; W. Jellinek, Verw.Recht S. 6 ff.; vgl. auch O. v. Gierke, Grundbegriffe d. Staatsrechts S. 36 ff.

[3]) Merkl, Verwaltungsrecht S. 6 ff., 20, 157 ff., bes. 170 ff.

[4]) Merkl S. 15.

[5]) Merkl S. 19.

vollzogen, „Ausführung". Ebenso wäre jedes Gesetz, das nicht unmittelbar auf der Verfassung beruht, „Verwaltung", eine Entscheidung des Staatsgerichtshofes dagegen „Normsetzung", sofern sie Fragen direkt aus der Verfassung berührt[6]).

Lehnen wir daher die Ansicht von Merkl ab und halten wir an dem anfangs umschriebenen Begriff der „Verwaltung" fest, so gilt es jetzt, den Begriff „Verwaltungsakt" festzulegen[7]).

Otto Mayers Definition „Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll"[8]), halten wir für zu eng[9]).

Mit W. Jellinek[10]) ist zu sagen, daß unter diesen Begriff auch Aeußerungen der Staatsgewalt fallen, die nicht rein urteilsmäßiger Natur sind. Daher sehen wir in jeder Willensäußerung der hoheitlichen Gewalt des Staates, die im konkreten Falle innerhalb der Verwaltung erfolgt, einen Verwaltungsakt.

Wann liegt nun ein rechtswidriger Verwaltungsakt vor? Von einigen Schriftstellern wird die Gegenüberstellung der rechtmäßigen und rechtswidrigen Verwaltungsakte ganz verworfen. Unter dem Begriff rechtswidrig verberge sich nur eine Untergruppe des rechtmäßigen Aktes. Ein rechtswidriger Verwaltungsakt sei ein Unding. Der Begriff des Verwaltungsaktes sei verbunden mit der Frage der Zurechenbarkeit im Sinne Kelsens[11]). Sobald der Akt der zur Erfüllung der staatlichen Belange bestellten Person nicht mehr dem Staate zurechenbar sei, höre der Handelnde auf, staatliches Organ zu sein und werde als Privatperson tätig[12]). Dies sei immer dann der Fall, wenn der Handelnde seine Kompetenz überschritten habe[13]), deren Grenzen durch das objektive Recht gegeben seien. Danach sei ein Akt dann Nichtstaatsakt, wenn er mangels eines Satzes des positiven Rechts dem Staate als Organakt nicht zugerechnet werden könne[14]). Gesetz- oder rechtswidrige Staatsakte gäbe es also nicht, sondern jeder Staatsakt sei rechtsnotwendig ein rechtmäßiger. Der Oberbegriff des rechtmäßigen Staatsaktes erfahre nun bei Fehlerhaftigkeit des Aktes eine nähere Bestimmung. Jeder Staatsakt sei formell rechtmäßig, doch hiermit sei noch nichts über die inhaltliche, materielle Rechtmäßigkeit gesagt. Verstoße der nach dem objektiven

[6]) So Genzmer, Beamtenjahrbuch 1930 S. 45.
[7]) Vgl. die Untersuchungen v. Kormann über Begriff u. rechtl. Natur d. Verw. Akte, System der rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 13 ff.
[8]) O. Mayer, Verw.Recht I S. 93.
[9]) Kormann S. 27.
[10]) W. Jellinek, Verw.Recht S. 246.
[11]) Kelsen, Hauptprobl. S. 183/84; Grünhuts Zeitschr. 40 S. 11, 31 ff., 44 ff.
[12]) Vgl. dagegen auch W. Jellinek, Fehlerh. Staatsakt, bes. S. 104 ff.
[13]) Lachs, Rechtsgrund d. ö. r. Entschädigung, S. 39; Loening, Haftung des Staats, S. 107.
[14]) Lachs, S. 43, 48; Merkl, Verwaltungsrecht, S. 175.

Recht dem Staat zurechenbare Akt gegen Rechtsnormen, die jenseits der Kompetenzregeln liegen, so sei der formell rechtmäßige Staatsakt materiell rechtswidrig.

Dem ist zu entgegnen, daß es sich hier um eine Verkennung des Begriffes der Kompetenz handelt. Mit ihm wird der Kreis der Geschäfte abgegrenzt, zu deren Ausübung das Organ allgemein befähigt ist, nichts aber über die rechtliche Bewertung der einzelnen Organhandlung gesagt. Erfolgt diese innerhalb der Grenzen der dem Beamten allgemein übertragenen Befugnisse, so ist die Handlung Staats- bzw. Verwaltungsakt im oben genannten Sinne und zwar, wenn im tatsächlichen Falle die notwendigen Erfordernisse nicht erfüllt sind, rechtswidrig ohne kompetenzwidrig zu sein[15]).

Man kann hier nicht von formeller Rechtmäßigkeit sprechen. Dem Eingriff stand zwar eine ihn berechtigende Norm nicht zur Seite, doch ist er ein Akt des staatlichen Organs, dem Staate zurechenbar und damit Staatsakt, aber wegen mangelnder Rechtsgrundlage verstößt er gegen das Recht, ist rechtswidrig. Bedenken hiergegen, der Staat tue dann kraft der Zurechnung der Handlungen seiner Organe unrecht, verstoße gegen das Recht, dessen Aufrechterhaltung und Beachtung gerade eine der Hauptaufgaben der Staatsgewalt ist[16]), treffen den Kern nicht. Die Frage der Rechtswidrigkeit wird hier vermengt mit der nach dem Verschulden, und diese fällt nicht in den Bereich der Arbeit.

Schelcher[17]) bezeichnet den objektiv, aber nicht subjektiv rechtswidrigen Verwaltungsakt je nach dem Blickpunkt verschieden. Vom Standpunkt des Verletzten aus sei er zwar rechtswidrig, von dem des Staates aus nicht, vielmehr sei er insoweit dem rechtmäßigen gleichzuachten.

Derselbe Staatsakt kann aber nicht einmal als rechtmäßig, ein anderes Mal als rechtswidrig bezeichnet werden, je nachdem von welcher Seite man ihn beurteilt[18]).

Von einigen Schriftstellern wird sogar ohne nähere Ausführung erklärt, daß die Handlungen der staatlichen Organe immer rechtmäßig seien, solange sie sich im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hielten. Rechtswidrigkeit liege nur vor, wenn rechtswidriges schuldhaftes Handeln der tätig gewordenen Beamten erwiesen sei[19]).

Zur Stellungnahme genügt das Vorangeschickte. Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß man die Frage, ob rechtmäßiges oder rechtswidriges Handeln vorliegt, nicht von der Feststellbarkeit

---

[15]) So richtig Goldschmidt, Festgabe f. O. Gierke, S. 135.
[16]) Vgl. hierzu Loening, Haftung des Staats, S. 107.
[17]) Schelcher, Fischers Zeitschr. 52 S. 98.
[18]) Ebenso Furler, Verw.Arch. 33 S. 410.
[19]) So u. a. Dock, Arch. f. ö. R. 16, S. 245; Loening, Haftung des Staats, S. 94/95.

eines Verschuldens abhängig machen kann. Rechtswidrigkeit liegt vor oder liegt nicht vor, aber Beweisfragen können für ihre Bejahung nicht entscheidend sein.

Viel Streit herrscht bei der Beurteilung des Fehlgehens der Justiz, besonders auf dem Gebiet der Strafrechtspflege[20]). Es ist ein Unding, wenn man hier allem staatlichen Handeln das Urteil der Rechtmäßigkeit zuerkennt[21]). Das ist vielmehr nur für einen begrenzten Ausschnitt obrigkeitlicher Akte berechtigt. Auch der Unschuldige muß es sich gefallen lassen, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden[22]). Daß hierdurch sein Ruf gefährdet oder andere ethische Belange verletzt werden können, hindert die Staatsgewalt am Tätigwerden nicht. Der Prozeß soll gerade erweisen, ob der der Tat Verdächtige schuldig ist. Der Untertan hat derartige Beeinträchtigungen zu dulden, wenn anders nicht die Pflicht des Staates zur Verbrechensbekämpfung und Bestrafung der Schuldigen unerfüllt bleiben soll. Diese Notwendigkeit liegt begründet in der Erhaltung eines geordneten Staatswesens. Der Anklageerhebung gegen den Verdächtigen steht eine sie fordernde und berechtigende Norm zur Seite, kurz — der Staatsakt ist rechtmäßig. Fälle, in denen das Staatsorgan bewußt einen Unschuldigen verfolgt, sind hier auszuscheiden. Das Recht zu strafen, hat der Staat nur dem Rechtsbrecher gegenüber, der den die Straffolge auslösenden Tatbestand erfüllt. Wird gegen einen Unschuldigen auf Strafe erkannt, so handelt der Staat durch sein Organ rechtswidrig. Daß hier kein Verschulden vorliegt, kann dem Tätigwerden der Staatsgewalt den Charakter der Rechtswidrigkeit nicht nehmen[23]). Das einen Unschuldigen verurteilende Erkenntnis findet seine moralische Rechtfertigung in der menschlichen Unzulänglichkeit, die absolute Wahrheit zu finden. Der rechtlichen Bewertung nach aber bleibt das Urteil trotz fehlenden Verschuldens, ja trotz fester Ueberzeugung von der Identität des Bestraften mit dem wirklichen Täter eine Rechtswidrigkeit[24]).

Wenn in diesem Zusammenhang die Heranziehung zum Schöffen- oder Geschworenendienst[25]) angeführt wird, und aus ihrer gesetz-

---

[20]) Vgl. hierzu auch Geyer, Ueber die dem ungerecht. Angeklagten oder Verurteilten gebührende Entschädigung, Dtsch. Zeit- u. Streitfragen 1882, Heft 169. — Derselbe, Ueber d. Entschäd. f. unschuldig erlitt. Untersuchungshaft und Strafhaft, Gerichtssaal 34, S. 321 ff. Schwarze, ebenda S. 100, Die Entschäd. f. unschuld. erlittene Untersuchungshaft u. Strafhaft.

[21]) Anschütz, Verw.Arch. V. S. 2, 96 ff.; O. Mayer, Verw.Recht II S. 363 ff.; Fleiner, Festgabe f. Heusler, S. 93,4; Klinger, Ö. r. Entschädigung nach sächs. Recht, S. 52; Kronecker, Entschäd. unschuldig Verhafteter, S. 9.

[22]) Siehe hierzu u. z. folgenden: Beling, Rektoratsrede 1913, S. 11 ff. bes. 12 u. 16.

[23]) Goldschmidt, Festgabe f. O. Gierke, S. 116, 123, 124; vgl. auch Schattenberg, Entschäd. unschuldig Verhafteter u. Bestrafter, S. 14 ff.

[24]) So auch W. Jellinek, Verw. Recht S. 328.

[25]) So Kronecker a. a. O. S. 9.

lichen Behandlung vergleichende Schlüsse auf unser Problem gezogen werden, so gehen diese Versuche fehl. Die Staatsgewalt legt in diesen Fällen den Bürgern in festbegrenztem Umfange durch Gesetz allgemein die Pflicht zur Uebernahme öffentlicher Aemter auf. Die Einberufung des einzelnen geschieht dann nur dem Gesetz entsprechend und liegt außerhalb des Problems.

Anschütz[26]) meint, das Gerechtigkeitsgefühl werfe zwar in den Fällen des Fehlgehens der Justiz die Entschädigungsfrage auf, doch könne dadurch nicht der rechtliche Gesichtspunkt geändert werden, unter dem die Fälle zu betrachten seien. Die Staatsgewalt habe rechtmäßig gehandelt. Die frühere Anordnung werde dadurch, daß sie durch eine spätere abgeändert oder beseitigt wird, nicht ex tunc rechtswidrig.

Diese Erwägungen können uns nicht umstimmen. Der vorangegangene Staatsakt wird nicht erst nachträglich rechtswidrig, er ist es von Anfang an. Das zweite Erkenntnis hat für die Frage der Rechtmäßigkeit des Vorurteils nur rein feststellenden Wert[27]). Die Erwähnung, daß die Rechtswidrigkeit nicht erkannt wurde, bedeutet wieder eine Verquickung mit der Schuldfrage, wodurch das Problem nur verwischt wird.

Eines der Hauptgebiete, in dem der rechtswidrige Verwaltungsakt vorkommt, ist die polizeiliche Notlage[28]). Von einem Verschulden des handelnden Organs kann hier in den weitaus meisten Fällen nicht die Rede sein. Seine Aufgabe ist es, umgehend für Beseitigung der Notlage Sorge zu tragen. Soll dieser Pflicht genügt werden, so ist es unmöglich, genaue Untersuchungen darüber anzustellen, ob alle Voraussetzungen für polizeiliches Einschreiten tatsächlich gegeben sind. Nach kurzer Ueberprüfung der gesamten Lage muß das Organ seine Anordnungen treffen, wenn es die Erfüllung der staatlichen Aufgabe nicht vereiteln will. Entsprechen die tatsächlichen Verhältnisse nicht den gesetzlichen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit der Staat in den Rechtskreis des Untertanen eingreifen kann, so ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, da ihm die gesetzliche Grundlage fehlt.

Doch welcher Zeitpunkt kommt für diese Feststellung in Frage? Das Vorhandensein oder Fehlen eines bestimmten Tatumstandes ist gesetzliche objektive Voraussetzung des rechtlich erlaubten staatlichen Eingriffs. Nicht die Ansicht des staatlichen Organs noch die des Betroffenen kann daher für die Frage der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes entscheidend sein. Sie richtet sich vielmehr nach der tatsächlichen Gestaltung des Falles. Erst nachträglich kann fest-

---

[26]) Anschütz, Verw.Arch. V S. 98.

[27]) Vgl. dagegen Loening, Haftung d. Staats, S. 125.

[28]) In Preußen ist das polizeiliche Notstandsrecht durch § 21 Pol.Verw.G. v. 1. 6. 31 (G.S. S. 77 ff.) geregelt worden. Vgl. auch §§ 70 ff. d. zitiert. Ges. ferner unten S. 42 f.

gestellt werden, ob der Befehl des Staatsorgans durch einen Rechtssatz gedeckt war, ob der Bürger Folge zu leisten hatte.

Hiermit übereinstimmend stellt das Preußische Oberverwaltungsgericht für ein Teilgebiet der Verwaltungsakte, die polizeilichen Verfügungen, als feststehenden Grundsatz der Rechtsprechung auf, daß für die Beurteilung von polizeilichen Verfügungen diejenigen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse entscheidend seien, die zur Zeit ihres Erlasses bestanden[29]).

Maßgebend ist also der Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes. Erst die nachträgliche Prognose kann feststellen, ob alle für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs erforderlichen Voraussetzungen zu der angegebenen Zeit erfüllt waren. Hiermit lehnen wir auch die Möglichkeit einer suspensiv bedingten Rechtswidrigkeit[30]) ab, derart, daß die Beantwortung der Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Handelns durch die Entwicklung der weiteren Ereignisse bestimmt werden würde. Daß für das Gebiet des Strafrechts in vielen Fällen Handlungen erst dann Deliktscharakter erhalten, wenn ein weiterer Umstand, oft auch ohne jedes Zutun des Täters, eintritt, hängt mit der Begrenzung der strafrechtlichen Tatbestände zusammen. Ob die einzelne Tätigkeit für sich betrachtet, abgesehen von dem weiteren zur Strafbarkeit erforderlichen Ereignis, rechtswidrig ist, ist für jeden Fall gesondert festzustellen. Eine Frage, auf die hier nicht einzugehen ist, da sie nicht gegen die oben entwickelten Grundsätze spricht. Denn sie erörtert nur, wann das Individuum den strafrechtlichen Tatbestand erfüllt, nicht aber, ob eine rechtmäßige Handlung durch nachträglich eintretende Umstände zu einer rechtswidrigen wird. Das Recht gibt klar die Antwort. Ob sie immer verstanden wird, ist eine andere Frage. Würde man dies verneinen, so liefe es darauf hinaus, dem Recht in vielen Fällen die Fähigkeit abzusprechen, seinen Hauptzweck zu erfüllen, nämlich feste Sätze und klare Entscheidungen für das Handeln des ihm Unterworfenen zu treffen[31]).

§ 3

Geschichtliche Entwicklung des Verhältnisses zwischen Staat und Untertan.

In diesem Paragraphen soll ein kurzer Ueberblick über die Entwicklung der Entschädigungsfrage gebracht werden. Da fragt es sich zuerst, ob eine geschichtliche Betrachtung der Untersuchung des Problems förderlich ist.

Rückschau in die Vergangenheit halten, hat nicht nur zum Ziel das Erfahren von Tatsachen, das Erkennen bestimmter Vorgänge.

[29]) Pr.O.V.G. Bd. 77 S. 380.
[30]) Binding, Gerichtssaal 68, S. 1 ff.
[31]) Beling, „Exkurs zu Seite 17" Rektoratsrede S. 36.

Aufbauenden Wert hat eine geschichtliche Betrachtung erst dann, wenn sie die Entwicklungslinien aufzeigt, wenn sie aus dem Ablauf des Geschehenen Schlüsse ziehen läßt für Gegenwart und Zukunft. Geschichtlicher Ueberblick kann den Wert eines bloßen Berichtes haben, ohne daß irgendwelche Umstände gegeben sind, die Gegenwart und Vergangenheit miteinander verbinden oder gerade durch ihre Gegensätzlichkeit von Bedeutung für das Verstehen einer Frage sind.

Zweck der Betrachtung der Vergangenheit für diese Arbeit wird besonders sein, die Stellung des einzelnen zum Staat zu erkennen, um hieraus zu einer Klärung der Entschädigungsfrage zu kommen. Denn wer die Frage untersuchen will, ob der Staat in den Rechtskreis seiner Untertanen eingreifen kann, und bejahendenfalls, ob er Entschädigung zu leisten hat, wird das Verhältnis zwischen Staat und Untertan erforschen müssen. Anerkennung oder Fehlen eines Entschädigungsanspruchs wird, abgesehen von ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, durch die Gestaltung dieser Beziehungen bestimmt. Daher wird die geschichtliche Betrachtung sich nicht auf die engere Problemstellung der Arbeit beschränken, sondern allgemein untersuchen, wie sich der Staat in den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung zu der Frage des Eingriffs in den Rechtskreis seiner Untertanen stellt[1]).

In ältester Zeit und im germanischen Mittelalter sind öffentliches und privates Recht noch ungetrennt und gleichwertig. Die Staatsgewalt ist noch nicht entwickelt genug, um die Untertanen im öffentlichen Interesse in ihren Rechten und Freiheiten zu beschränken[2]).

Im „älteren Justizstaat"[3]) hatte der Landesherr einzelne Hoheitsrechte, „Regalien", für deren Ausübung er den besonderen Erwerbstitel nachweisen mußte. Noch fehlt es an der großen Trennung des Rechtes in das privatrechtliche und das öffentlichrechtliche Gebiet. Der Mangel des modernen Staatsbegriffes ist der Grund hierfür. Fügte der Landesherr einem Bürger Schaden zu, so traf ihn die gleiche Entschädigungspflicht wie jeden Bürger. Doch fehlte auch hier noch die Grundlage für einen öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch[4]).

Eine Erweiterung der Macht des Landesherrn bedeutete die Zuerkennung des ius politiae. Dieses bot eine weite Eingriffsmöglich-

[1]) Vgl. eine eingehende Darstellung der Entwicklung der öffentl. rechtl. Entschädigungsfrage bei Scheffler, Entwicklung d. Problems d. ö. r. Entschädigung, S. 1 ff.

[2]) Vgl. Klinger, Ö. r. Entschädigung nach sächs. Recht, S. 6; Scheffler, Entwicklung d. Problems d. ö. r. Entschädigung, S. 4.

[3]) W. Jellinek, Verw. Recht S. 81 ff.; Otto Mayer, Verw. Recht I S. 27 ff.

[4]) Vgl. hierzu Gierke „Althusius" S. 136; Lachs, Rechtsgrund d. ö. r. Entschädigung S. 8.

keit des Staates gegenüber dem Untertanen, die dann durch die Anerkennung der wohlerworbenen Rechte, iura quaesita, eingeschränkt wurde. Doch auch für diese ist keine unbedingte Unverletzlichkeit gewährleistet. In Fällen der Not gestattete das ius eminens einen Eingriff selbst in die iura quaesita. Nahm jedoch der Staat dieses Recht in Anspruch, dann mußte er für die Beschränkung der Rechte seiner Untertanen Entschädigung leisten[5]). Das sich auf das ius eminens stützende Eingreifen des Staates war rechtmäßiges Handeln[6]).

Anschütz und Otto Mayer sind der Ansicht, daß ein solcher Eingriff Deliktscharakter hatte[7]). Dagegen ist zu erwidern, daß das ius eminens bei Vorliegen der besonderen Ausnahmefälle gestattete, ungeachtet der iura quaesita tätig zu werden. Lagen also derartige Umstände vor, so war die handelnde Staatsgewalt mit dem Recht im Einklang. Das Einschreiten gründete sich auf die von der Rechtsordnung gewährte Erlaubnis und war daher rechtmäßig.

Bei Eingriffen in die iura quaesita, die durch das ius eminens nicht gedeckt waren, führten privatrechtliche Denkungsart und Heranziehung der Deliktsgrundsätze zur Bejahung des Entschädigungsanspruchs[8]).

Wir finden also in dieser Zeit festabgegrenzte Rechten- und Pflichtenkreise von Staat und Untertan. Die sich entwickelnde Staatsidee erkennt aber an, daß der Staat ohne ein größeres Machtgebiet seine notwendigen Aufgaben nicht erfüllen kann. Der durch diese Gedankengänge ausgelösten Stärkung der Staatsgewalt gegenüber beschränkt man den staatsfreien Rechtskreis des Untertanen auf einzelne, sogenannte wohlerworbene Rechte, deren Eingriffsfreiheit beseitigt wird, sobald es das Staatswohl erfordert. Man erkennt die Notwendigkeit, den einzelnen zugunsten der Belange der Allgemeinheit zu beschränken. Für jeden Eingriff aber soll er ausgleichenden Ersatz verlangen können.

Der Erwerb weiterer Regalien durch den Landesherrn und die Fortentwicklung der Staatsidee führten zur Verdichtung der einzelnen Hoheitsrechte. Aus ihrer Gesamtheit erwuchs die einheitliche Staatsgewalt, und damit vollzog sich der Uebergang zum Polizeistaat.

Hier war der Untertan der Staatsgewalt unbedingt unterworfen. Die gesamte Willensbildung des Staates lag letzten Endes bei dem Landesherrn. Iura quaesita hatte er nicht mehr zu achten[9]). Ob und wie weit der Untertan Eingriffe zu erleiden hatte, war für die Verwaltung, im Gegensatz zur Justiz, nicht bindend durch Gesetz vorge-

---

[5]) Gierke „Althusius" S. 270, 292; Lachs a. a. O. S. 14.
[6]) Lachs S. 17.
[7]) Anschütz, Verw.Arch. V S. 22, 23 Note 58; O. Mayer, Verw. Recht Bd. II S. 296 Anm. 5.
[8]) Klinger a. a. O. S. 8.
[9]) Vgl. hierzu u. z. folgenden: Otto Mayer, Verw. Recht I S. 38 ff.

schrieben[10]). Einen Ausgleich für die unbilligsten Fälle bot die weite Anwendung von Zivilrechtsinstituten auf die Fragen, die sich aus den Beziehungen des Staates zum Untertan ergaben. Ermöglicht wurde dieser Ausgleich durch die Fiskuslehre[11]).

Eine allgemeine Entschädigungspflicht wurde nicht anerkannt. Man sah nicht mehr in jedem staatlichen Eingriff ein Unrecht. Wenn Entschädigung geleistet wurde, so nicht deshalb, weil darauf ein rechtlich begründeter Anspruch bestand, sondern weil man sie als moralische Pflicht anerkannte[12]).

Das Allgemeine Landrecht gewährt in § 75 der Einleitung bei rechtmäßigen Eingriffen einen Entschädigungsanspruch, dessen Anwendungsgebiet durch die Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 eingeschränkt wird.

Beeinflußt durch die Gedankengänge der Aufklärungszeit, des Liberalismus, gefördert durch elementare Ereignisse wie die französische Revolution, bereitete sich eine Wandlung in der Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Untertan vor, die in ihren Auswirkungen zum Rechtsstaat hinstrebte.

Um Wiederholungen zu vermeiden, erörtern wir die Fragen, die mit dem Begriff des Rechtsstaates zusammenhängen, an späterer Stelle, da wir die Idee des Rechtsstaates und deren Verwirklichung im gegenwärtigen Staatsleben noch näher untersuchen wollen.

§ 4

Die Rechtsnatur des öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruchs.

Bevor wir das Schrifttum erörtern, ist die rechtliche Natur des Entschädigungsanspruchs zu untersuchen. Wir gehen induktiv vor und prüfen die Frage an einem Beispiel.

Ein Polizeibeamter fordert einen unbeteiligten Dritten zur Hilfeleistung bei einer Feuersbrunst auf. Dieser leistet dem Befehl Folge und wird dabei verletzt. Nach § 360 Z. 10 R.St.G.B. ist jeder unter den dort genannten Voraussetzungen Aufgeforderte zur Hilfeleistung verpflichtet, sofern er ohne erhebliche eigene Gefahr tätig werden kann. Da aber eine solche Gefahr[1]) hier vorliegt, kann die genannte Norm nicht die rechtliche Grundlage für die polizeiliche Verfügung bilden. Ebensowenig ist die Verfügung nach den Sätzen des Notstandsrechts begründet, da auch in Fällen des Notstandes vor dem Rechtskreis des einzelnen Halt zu machen ist, wenn dessen Leben,

---

[10]) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 2.
[11]) Vgl. darüber O. Mayer, Verw. Recht I S. 47 ff. bes. 49 ff.
[12]) Klinger, Ö. r. Entschädigung nach sächs. Recht, S. 15 ff., S. 24 ff.
[1]) Vgl. hierzu Frank, Kommentar z. Strafgesetzbuch, Vorbem. z. 27. Abschn. II; § 360,10 X 2.

Gesundheit oder andere Güter durch das beabsichtigte Vorgehen gefährdet sind. Ist die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt, so kann damit nicht die Oeffentlichrechtlichkeit geleugnet werden, indem man folgert, da das staatliche Organ die Durchsetzung seiner Anordnung mit hoheitlicher Gewalt objektiv gar nicht erzwingen konnte, liege kein nach den Sätzen des öffentlichen Rechts zu beurteilender Verwaltungsakt vor. Vielmehr sei für das Handeln des Organs das Privatrecht maßgebend. Ob der Betroffene die Hilfeleistung, objektiv gesehen, verrichten muß, ändert nichts an der Tatsache, daß ein Organ der Staatsgewalt ihm kraft Hoheitsrechts[2]) etwas zu tun befiehlt, und er ohne freien Willensentschluß gehorcht. Beide stehen sich nicht gleichberechtigt gegenüber, sondern hier herrscht staatlicher Zwang, dort Unterwerfung unter einen Hoheitsbefehl. Das Rechtsverhältnis, aus dem der Entschädigungsanspruch entspringt, ist somit öffentlichrechtlicher Natur[3]). Ebenso ist der Anspruch selbst ein öffentlichrechtlicher, da allein der Grund, aus dem sich die einzelnen Rechtsbeziehungen ergeben, für die rechtliche Einstufung entscheidend ist[4]).

Demgegenüber wird von einigen Schriftstellern zwar anerkannt, daß der Rechtsgrund der staatlichen Entschädigungspflicht staatliches, also „publizistisches Unrecht" ist, dies hindere jedoch nicht, daß der Anspruch selbst privatrechtliche Natur habe[5]). „Die öffentlichrechtliche Natur des „Rechtstitels", korrekter: Tatbestandes, reicht zur öffentlichrechtlichen Qualifikation der Rechtsfolge, des Anspruchs, nicht aus." Gierke[6]) ist der Ansicht, die Begründung des Entschädigungsanspruchs liege in der Interessenkollision. Da sei es gleichgültig, daß gerade der Staat der Schädiger sei und zwar in Ausübung eines Hoheitsrechtes. Deshalb bleibe die privatrechtliche Natur erhalten.

Dieser Schluß ist jedoch verfehlt. Die Interessenkollision allein kann für die Bestimmung des Rechtsgrundes nicht entscheidend sein.

---

[2]) R.G.Z. Bd. 113 S. 304: Staatshoheitsrecht = Ausübung einer Handlung, zu der der Staat oder seine Organe nur als Vertreter der Gesamtinteressen des Volkes und nicht schon nach bürgerlichem Recht befugt sind.

[3]) Fleiner, Verw. Recht S. 47 ff., 292; Furler, Verw.Arch. 33, S. 411; Anschütz, Verw.Arch. V S. 26; Klinger, Ö. r. Entschädigung nach sächs. Recht, S. 52; G. Jellinek, System S. 50 ff., 59 ff.; vgl. auch S. 172 ff., 232 Anm. 2; G. Jellinek, Grünhuts Zeitschr. 20 S. 457 ff., bes. S. 459; Perlmann, ebenda Bd. 34 S. 110; Schelcher, Fischers Zeitschr. Bd. 34 S. 74 u. Bd. 52 S. 39; Dock, Arch. f. ö. R. 16 S. 269, 272; Scheffler, Entwicklung d. Problems d. ö. r. Entschädigung, S. 87 Anm. 2; Stengel, Annalen 1901, S. 508, 565; Koch, Problem d. ö. r. Entschädigung, S. 4, 5.

[4]) So auch Loening, Haftung d. Staats, S. 93 ff.; Klinger, a. a. O. S. 52; Parisius, Pr.Verw.Bl. 46, S. 458; Schelcher, Fischers Zeitschr. 52, S. 159.

[5]) So Goldschmidt, Festgabe f. O. Gierke, S. 139 ff.; Piloty, Annalen 1888, S. 260 ff.; Schattenberg, Entschäd. unschuldig Verhafteter u. Bestrafter, S. 20 ff.; Tobler, Züricher Beiträge z. Rechtswiss. 1905 I, S. 25.

[6]) Gierke, Gutachten i. Verh. d. 28. D.J.T. 1. Bd. S. 140.

Ob die Rechtsfolge privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, soll nach gegnerischer Ansicht ausschließlich aus ihr selbst gedeutet werden können. Nur der „innere Gehalt, die innere Struktur" des Anspruchs könne Aufschluß über ihren Rechtscharakter geben. Und dieser sei privatrechtlicher Natur, weil der Anspruch individualrechtlicher Art sei, geschaffen und bestimmt für den Nutzen des einzelnen.

Diese Darlegungen können uns nicht überzeugen. Untersucht man die Rechtsnatur des Anspruchs derart, daß man auf den Rechtsgrund zurückgreift, aus dem er herrührt und ihn in diesem Zusammenhang bewertet, so kommt man zur Anerkennung der Oeffentlichrechtlichkeit[7]). Betrachtet man dagegen den „inneren Gehalt" des Anspruchs, so wird man — ganz abgesehen von der unklaren weiten Bezeichnung — zu einer ungerechtfertigten Ausdehnung des Privatrechts kommen, da die einzelnen Rechtsfragen, ihrer die Rechtsnatur bestimmenden Merkmale entkleidet und aus dem ihnen eigenen Zusammenhang gelöst, wesensfremd erscheinen.

Aus der Tatsache, daß der Entschädigungsanspruch ein vermögensrechtlicher ist, kann nichts für die privatrechtliche Auffassung hergeleitet werden. Denn es gibt vermögensrechtliche Ansprüche, die unstreitig dem öffentlichen Rechtsgebiet angehören[8]). Worauf der Anspruch materiell gerichtet ist, kann für seine Rechtsnatur nicht bestimmend sein. Die Gleichsetzung der vermögensrechtlichen Ansprüche mit den privatrechtlichen, wie sie vorherrschend war, erklärt sich durch die alte dualistische Auffassung des Staates, die Fiskuslehre zur Zeit des Polizeistaates. Die neuere Staatslehre hat diesen Dualismus überwunden. Damit ist die Berechtigung der weiten Ausdehnung privatrechtlicher Rechtsinstitute beseitigt und erforderlich, daß die den einzelnen Rechtsverhältnissen eigene Rechtsnatur ihrem wahren Wesen nach dargestellt wird. Nach den grundlegenden Arbeiten von Sarwey, Wach, G. Jellinek und Otto Mayer[9]) ist die Erkenntnis Allgemeingut der Rechtslehre geworden, daß keineswegs jeder vermögensrechtliche Anspruch private Rechtsnatur habe[10]).

Auch halten wir die Begründung für nicht zutreffend, der Anspruch sei ein privatrechtlicher, weil er dem Berechtigten als Individualperson zustehe im Gegensatz zur staatlichen Inanspruchnahme,

---

[7]) Vgl. auch Schelcher, Fischers Zeitschr. 20 S. 99.

[8]) Fleiner, Verw. Recht S. 50; G. Jellinek, Grünhuts Zeitschr. 20, S. 458.

[9]) von Sarwey, Das öffentl. Recht u. d. Verw.Rechtspflege, 1880 S. 102 ff.; Wach, Zivilprozeßrecht I, S. 88; G. Jellinek, System 1. Aufl. S. 54 ff.; Otto Mayer, Verw. Recht I, S. 120.

[10]) Vgl. über diese Frage die näheren Ausführungen von Lassar, Erstattungsanspruch, S. 3 ff.; Sprecher v. Bernegg, Ueber die Entschädigungspflicht d. Staates, S. 33 ff.; Kuhle, Die ö. r. Entschädigung, S. 129 ff.; v. Gehe, Fischers Zeitschr. 34, S. 148 ff., bes. S. 149, Anm. 11.

die ihn als Gliedperson treffe[11]). Wohl ist zuzugeben, daß die persönlichen Belange des Betroffenen geschützt werden sollen. Aber die Gewährung des Anspruchs geschieht nicht nur aus diesem Grunde. Um der juristischen Konstruktion willen wird eine Trennung vollzogen, die dem Wesen der Frage nicht gerecht wird. Die willkürliche Scheidung in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil zerreißt den einheitlichen Staatsakt. Wird der staatliche Eingriff in den Rechtskreis des Bürgers im öffentlichen Interesse gefordert, so in nicht minder starkem Maße auch die Entschädigung[12]). Den ausgleichenden Ersatz erlangt der Bürger als Individualperson und als Mitglied des Staatsvolkes. Der Notwendigkeit des staatlichen Eingriffs steht die gleichmäßige Verteilung des Schadens auf alle Staatsangehörigen gegenüber. Anders würde nach heutiger Anschauung die Staatstätigkeit stark beschränkt werden müssen. Auch bei der Entschädigungsgewährung kann der Berechtigte also nicht gesondert von der Gesamtheit, in die er gehört, betrachtet werden.

Für den privatrechtlichen Charakter des Anspruchs spricht ebensowenig die Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg, wie sie z. B. in den Entschädigungsgesetzen von 1898 (§ 5) und von 1904 (§ 6) positiv ausgesprochen ist[13]). Diese Zuständigkeitsbestimmungen lassen sich geschichtlich aus der Stellung zur Verwaltungsgerichtsbarkeit heraus erklären.

Das Reichsgericht jedoch hat an seiner alten Praxis festgehalten, der Anspruch habe wegen seiner vermögensrechtlichen Natur Privatrechtscharakter[14]). Es stehe in der Rechtssprechung fest, daß nicht der Ursprung des Rechts maßgebend sei. „Auch Ansprüche, die im öffentlichen Rechte wurzeln und öffentlichrechtlichen Vorgängen ihre Entstehung verdanken, haben privatrechtliche Natur und sind dem Rechtswege zugänglich, wenn sie dem Vermögensrecht angehören, und der Rechtsweg nicht durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist"[15]).

Daß aber der vermögensrechtliche Inhalt für seine Rechtsnatur entscheidend sei, ist zu leugnen. Zutreffend wäre diese Ansicht, wenn sich das Merkmal der Vermögensrechtlichkeit wesensnotwendig nur bei Gleichstellung der beteiligten Rechtssubjekte denken ließe[16]). Das ist jedoch keineswegs der Fall. Auch der Staat muß zu den Unter-

---

[11]) Goldschmidt, Festgabe f. O. Gierke, S. 146.

[12]) Vgl. hierzu Kuhle a. a. O. S. 136.

[13]) G. Jellinek, Grünhuts Zeitschr. 20, S. 460; vgl. auch S. 465; Lassar, Erstattungsanspruch, S. 13; vgl. auch § 73 Preuß.Pol.Verw.G.

[14]) Vgl. Lassar S. 11 ff., der sich mit d. Rechtsprech. d. Reichsgerichts in gründl. Ausführ. beschäftigt.

[15]) Reichsgericht Entsch. d. 5. Ziv.Sen. v. 2. 12. 1908 i. R.G.Z. Bd. 70 S. 81; vgl. auch die Entscheidungen i. Bd. 22 S. 288; Bd. 25, S. 330; Bd. 41, S. 272; Bd. 57, S. 352; Bd. 70, S. 77; Bd. 99, S. 97.

[16]) So richtig Kuhle, Die ö. r. Entschädigung, S. 133.

tanen in Beziehungen treten, die rein vermögensrechtlichen Charakter tragen und doch nicht dem bürgerlichen Rechtsgebiet angehören. Der Staat muß Geldopfer auferlegen, um seinen Aufgaben gerecht werden zu können. Es sei hier nur auf die durch die Steuergesetze ausgelösten Ansprüche verwiesen[17]).

In der Entscheidung von 15. 2. 1904 betont das Reichsgericht[18]), daß es für die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs nicht maßgebend sei, ob der Anspruch auf einem öffentlichrechtlichen Titel beruhe, nicht, ob die Verpflichtung durch eine Norm des öffentlichen Rechts geschaffen sei, entscheidend sei vielmehr „die Frage, ob es sich dabei lediglich um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohles, oder um das Rechtsgut und die individuelle Rechtssphäre einer einzelnen, sei es physischen oder juristischen, Person handelt".

Auch hierzu ist zu sagen, daß der materielle Inhalt des Anspruchs wohl dem Erkennen der Rechtsnatur förderlich sein kann, nicht aber darüber entscheidet, ob der Anspruch privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter trägt. Es kann sich um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses handeln, und trotzdem ist der Anspruch ein privatrechtlicher, wenn ihn der Staat auf vertraglicher Grundlage erworben hat.

Auch in neueren Entscheidungen[19]) vertritt das Reichsgericht die bekämpfte Ansicht. Der Grund hierfür dürfte sein, daß es glaubt, auf dem weiten und oft noch wenig geklärten Gebiet des Verwaltungsrechts mit der zivilrechtlichen Einkleidung zu sichereren und gleichmäßigeren Ergebnissen zu kommen. Besonders aber wird die Absicht geleitet haben, die Frage vor die ordentlichen Gerichte zu bringen. Das Reichsgericht meint, wenn man sich auf den Boden der gegnerischen Ansicht stelle, sei keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und Verwaltungsgerichte gegeben, nur der einfache Verwaltungsweg stehe offen[20]).

Die reichsgerichtliche Auffassung liegt „in der Wechselwirkung von materiellem und Gerichtsverfassungsrecht begründet, wie sie die dem preußischen Recht eigentümliche Gestaltung der gerichtlichen Zuständigkeitsordnung mit sich bringt"[21]). Den rechtsschutzpolitischen Forderungen wird genügt, wenn man die alte Fiskuslehre weiter vertritt[22]). Doch ist es dem geltenden Recht entsprechender, den öffent-

---

[17]) Kuhle a. a. O. S. 133.

[18]) R.G.Z. Bd. 57, S. 350 ff., 352, 353.

[19]) Entsch. d. 7. Ziv.-Sen. v. 4. 4. 1911 i. R.G.Z. Bd. 76, S. (121) 123. Entsch. d. 1. Ziv.-Sen. v. 22. 6. 1912, i. Bd. 79, S. 427 ff. Entsch. v. 26. 9. 1922 i. R.G.Z. Bd. 105 S. (192) 193. Entsch. d. 3. Ziv.-Sen. v. 24. 5. 1927 i. R.G.Z. Bd. 117 S. (138) 142.

[20]) Vgl. Kuhle S. 131/132.

[21]) Lassar, Erstattungsanspruch, S. 11.

[22]) Lassar S. 15.

lichrechtlichen Charakter der fraglichen Ansprüche anzuerkennen. Eine Verneinung der rechtsschutzpolitischen Forderungen braucht damit nicht verbunden zu sein[23]).

Abschließend ist zu der gegnerischen Ansicht zu sagen, daß sie sich von den alten Anschauungen polizeistaatlicher Denkweise nicht losmachen kann. Mit Recht sieht daher die in der Wissenschaft herrschende Lehre die innere Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch folgt, als entscheidend für seine Rechtsnatur an[24]). Diese Ansicht steht auch mit der allgemeinen Entwicklung im Einklang, das Zivilrechtsgebiet zugunsten des öffentlichrechtlichen einzuschränken[25]).

§ 5

Die öffentlichrechtliche Entschädigung im französischen Recht.

Da die Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung im französischen Recht eine der deutschrechtlichen ähnliche Entwicklung durchgemacht hat, ohne in ausdrücklichen positiven Rechtssätzen geregelt worden zu sein, da ferner das deutsche Recht gerade auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtswissenschaft starke Verbindungslinien zum französischen Recht aufweist, die besonders durch die gleichen rechtsstaatlichen Grundsätze hervorgerufen sind[1]), soll ein kurzer Ueberblick über die Stellung des französischen Rechts[2]) zu dem Problem gegeben werden.

Grundlegend für die Entwicklung der Entschädigungsfrage im französischen Recht ist die Einteilung der „Verwaltungsakte" in actes de puissance publique oder actes d'autorité — wie sie auch genannt werden — und in actes de gestion publique[3]).

Actes de gestion publique werden alle Betätigungen der öffentlichen Verwaltung genannt, die etwa dem Handeln einer Privatperson in Geschäft und Wirtschaft entsprechen. Nicht darunter fallen allerdings solche der Verwaltung des staatlichen Vermögens dienenden

---

[23]) Ebenso Lassar S. 83. Vgl. hierzu Näheres in unseren Ausführ. über d. Zuständigk. unten § 12.

[24]) Vgl. u. a. Fleiner, Verw. Recht, S. 50/51; Hatschek, Verw. Recht, S. 13/14; Kuhle a. a. O. S. 136.

[25]) Vgl. hierzu statt vieler: Kormann, System d. rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 35. „Ueberhaupt soll man in der Zuweisung an das Privatrecht nicht zu weit gehen und nicht vergessen, daß eine unverkennbare Entwicklungstendenz darauf hinzielt, das Gebiet des privaten zugunsten des Verwaltungsrechts einzuengen."

[1]) Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 57/58.

[2]) Vgl. Sprecher v. Bernegg, Ueber d. Entschädigungspflicht d. Staates, S. 1 ff.; Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 58 ff.; derselbe Arch. f. ö. R. 24 S. 538 ff.; Otto Mayer, Franz. Verw. Recht § 52.

[3]) Vgl. hierzu u. z. folgenden: Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 61 ff.; Sprecher v. Bernegg a. a. O. S. 2 ff., S. 77 ff.

Maßnahmen, gestion privée, deren Regelung sich nach den Normen des Privatrechts richtet.

Actes d'autorité sind die Willensäußerungen der Staatsgewalt kraft Hoheitsrechts, Befehl, Zwangsanordnung gegenüber dem Untertan. Vollzieht der Staat actes de gestion publique, so ist er selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts; übt er dagegen actes d'autorité, so fehlt ihm die Rechtspersönlichkeit. Bei Betätigung der Staatsgewalt ist der Staat nicht dem Recht unterworfen. Die Folge ist der Ausschluß der Haftung für schädigende Eingriffe[4]), abgesehen von ausdrücklicher Regelung, die einen Akt staatlicher Selbstbeschränkung bildet. Anders bei den actes de gestion publique. Hier ist die juristische Person haftbar, und zwar findet man die Begründung anfangs in privatrechtlichen Sätzen[5]). Daneben entwickelt sich eine öffentlichrechtliche Auffassung, deren Träger hauptsächlich das zentrale und oberste Verwaltungsgericht, der Conseil d'État, ist[6]). Die Rechtsbegriffe des Code civil seien auf die Verwaltung in den fraglichen Fällen nicht anwendbar. Das ergebe sich aus der Verschiedenheit der Tätigkeitsgebiete des Privatverkehrs und der Staatsaufgaben. Auch sei der Verschuldensbegriff der privatrechtlichen unerlaubten Handlungen keine Voraussetzung staatlicher Entschädigungspflicht. Der Entschädigungsanspruch wird nach der Rechtsprechung des Conseil d'État begründet mit einer öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeitstheorie. Nicht die unerlaubte Handlung des Einzelorgans ist es, die die Ersatzpflicht auslöst, sondern die zusammengefaßte Verwaltungstätigkeit, der gesamte Staatsmechanismus ist für die den Untertan schädigenden Akte verantwortlich. Da nicht der einzelne Beamte, sondern die abstrahierte Verwaltung verantwortlich gemacht wird, entsteht die Rechtspflicht zum Schadensersatz kraft objektiver Schadenszufügung, faute administrative[7]).

Hatte man erkannt, daß es sich hier um Fragen handelt, zu deren Lösung die Heranziehung privatrechtlicher Sätze ungeeignet war, so mußte die Fortentwicklung dieser Gedanken zur Beseitigung der Unterscheidung der actes de gestion und der actes de puissance publique führen[8]). Man hatte diese Einteilung gebraucht, um wenigstens für einige Fälle Entschädigungsansprüche gegen den Staat begründen zu können. Denn die privatrechtlichen Sätze auf actes d'autorité anzuwenden war unmöglich. Die actes d'autorité mußten daher ausgesondert werden. Abgesehen von der Schwierigkeit, beide Tätigkeitsgebiete des Staates gegeneinander abzugrenzen, war bei Anwendung des öffentlichen Rechts die Unterscheidung nicht mehr notwendig.

---

[4]) Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 61; Sprecher v. Bernegg S. 3.
[5]) S. Sprecher v. Bernegg S. 3 ff.
[6]) Sprecher v. Bernegg S. 7 ff.
[7]) Sprecher v. Bernegg, Ueber d. Entschädigungspflicht d. Staates, S. 10.
[8]) Vgl. hierzu u. z. folgenden: Sprecher v. Bernegg S. 13 ff.

Die Herausnahme der actes d'autorité aus dem Kreis der den Entschädigungsanspruch begründenden Staatsakte wäre willkürlich erschienen.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Staatsrats ging dahin, die Grenzen der actes de gestion gegenüber den actes d'autorité weit zu ziehen und möglichst viele Fälle hierunter zu rechnen, bei denen es offensichtlich zweifelhaft erscheint, ob sie nicht Ausfluß der hoheitlichen Gewalt sind. Wurden so die Trennungslinien immer stärker verwischt, so war es bei Anwendung öffentlichrechtlicher Sätze ein leichtes, die Unterscheidung ganz fallen zu lassen und alle Staatsakte unter dem Gesichtspunkt der Entschädigungspflicht einheitlich zu behandeln.

Nicht ausdrückliche positive Gesetzesbestimmungen, aber auch nicht nur die unklare Vorstellung, daß die Anerkennung der staatlichen Entschädigungspflicht eine Forderung der Billigkeit sei, leiteten den französischen obersten Verwaltungsgerichtshof bei dieser Rechtsprechung, sondern die Grundlage war ein festes Juristenrecht, aufgebaut auf klar bestimmten Grundsätzen[9]).

Aus einer Reihe von einzelgesetzlichen Regelungen und besonders der Erforschung des Verhältnisses des Staates zum Untertan hat der Staatsrat den allgemeinen Gesetzeswillen entwickelt, daß in dem genannten Rahmen Entschädigung zu leisten ist. Mitbestimmend war der Satz der „Erklärung der Menschenrechte", daß die öffentlichen Lasten gleich verteilt werden sollten. Der Gedanke der aequitas führte zur Erkenntnis der Entschädigungspflicht, die als Ausdruck der geltenden Rechtsordnung selbst Normcharakter erhielt[10]). Sie hat sich herausgebildet „en dehors des textes". Aber sie steht trotzdem innerhalb der Schranken des Gesetzes[11]).

Nicht entschädigungspflichtig sind schädigende Eingriffe, die auf Grund von Kriegsereignissen erfolgen. Sie geschehen nicht auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtes[12]).

Wenn auch dem deutschen Rechtsleben ein dem französischen Conseil d'État entsprechendes verwaltungsrechtliches Institut fehlte, das die öffentlichrechtlichen Entschädigungsfragen ähnlich hätte fördern können, so sind doch die Ergebnisse der französischen Verwaltungsrechtswissenschaft und Praxis für uns von großer Bedeutung, da sie als Ausdruck rechtsstaatlicher — nicht nur französischer — Ordnungen anzusehen sind für die Lösung des Zwiespaltes zwischen Forderungen der Staatsnotwendigkeit und Belangen des Individuums als Teilperson des Staatsvolkes[13]).

---

[9]) Vgl. Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 64, 74 ff.
[10]) O. Mayer, Theorie d. fr. Verw. Rechts S. 348 f. 347; vgl. Mayer, Entschädigungspflicht d. Staates, Neue Zeit- u. Streitfragen S. 13/14.
[11]) Perlmann, Arch. f. ö. R. 24 S. 558, 561.
[12]) O. Mayer, Franz. Verw. Recht S. 354/355.
[13]) Vgl. hierzu Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34 S. 65, 76.

§ 6

Die öffentlichrechtliche Entschädigung in der deutschen Rechtswissenschaft.

Nachdem wir einen Blick auf die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger in den verschiedenen Entwicklungsstufen des Staates geworfen haben, soll die Stellungnahme des Schrifttums zu den Fragen der öffentlichrechtlichen Entschädigung erörtert werden. Um ein besseres Bild über die Behandlung des Problems in der Rechtswissenschaft zu erhalten, sollen auch die Schriftsteller erwähnt werden, die den Verschuldensgrundsatz zur Lösung heranziehen.

1.

Von Hugo Grotius bis Loening.

Ueber die älteren Ansichten werden wir nur kurz berichten und können im übrigen auf größere Darstellungen verweisen[1]), da ein näheres Eingehen nur fruchtlose Wiederholung bedeuten würde. Die neueren Lehren dagegen sollen eingehender untersucht werden.

Hugo Grotius trat für volle Eingriffsfreiheit des Staates ein, soweit das öffentliche Interesse Beschränkungen des Bürgers erforderte. Verletzte der Staat jedoch iura quaesita, so sei er entschädigungspflichtig[2]).

Hobbes leugnet, daß subjektive Rechte des Bürgers gegen den Staat bestehen können, und kommt folgerichtig zur Ablehnung des Entschädigungsanspruchs[3]).

Eingriffe der Polizei, die im öffentlichen Interesse erfolgten, sah man auch dann nicht als staatliches Unrecht an, wenn sie einen Dritten schädigten. Schon Carpzow vertrat diese Gedanken. Die Vorstellung, daß die kraft ius eminens erfolgte Beschränkung Deliktscharakter habe, hatte sich geändert. Die sich entwickelnde Auffassung von der Einheitlichkeit der Staatsgewalt, das allmähliche Sichloslösen von naturrechtlichen Gedankengängen und die Unmöglichkeit, sich vorzustellen, der Staat sei in Ausübung der gesetzgebenden Gewalt rechtlich gebunden, führten dazu, die staatlichen Maßnahmen entschädigungslos hinzunehmen[4]).

Die Rechtslehre im 17. und 18. Jahrhundert versuchte, das Problem mit entsprechender Heranziehung römischrechtlicher Sätze, mit

---

[1]) Vgl. einen Ueberblick über die versch. Ansichten bei Piloty, Annalen 1888, S. 247 ff.; Loening, Haftung des Staats, S. 7 ff.; Scheffler, Entwicklung d. Problems, S. 1 ff.; Dock, Arch. f. ö. R. 16, S. 247 ff.; Schelcher, Fischers Zeitschr. 52, S. 16 ff.

[2]) De iure belli ac pacis 1625, II, c 2, § 2 ff., c 14, § 7, c 15, § 7; auch III, c 20 § 7; Anschütz, Verw. Arch V, S. 22.

[3]) Vgl. Scheffler S. 11/12; Gierke, Althusius S. 293.

[4]) Scheffler, S. 15; Sprecher v. Bernegg, S. 28.

der Konstruktion eines Verschuldens des Staates bei Auswahl seiner Beamten oder auch mit Hilfe von römischrechtlichen Mandatsgrundsätzen zu lösen[5]).

Zöpfel[6]) leitet eine Haftpflicht des Staates aus privatrechtlichen Konstruktionen her, indem er die Haftpflichtbestimmungen des dominus für den institor entsprechend anwendet. Diese Analogie sei begründet, da es sich hauptsächlich um einen privatrechtlichen Anspruch handele, wenn der Staat für rechtswidrige Tätigkeit seiner Organe einzutreten habe. Die so konstruierte Haftpflicht sei trotzdem eine staatsrechtliche, da sich die Auffassung des Verhältnisses des Beamten zum Staat gegenüber dem römischen Recht grundlegend gewandelt habe.

Aus staatsrechtlichen Gründen leitet K. S. Zachariä eine Haftpflicht des Staates her, die er mit der Einheit von handelndem Organ und oberstem Inhaber der Staatsgewalt begründet[7]).

Gefördert wurde die Lösung der Fragen durch Pfeiffer[8]). Er hat die Scheidung der Handlungen der Beamten in Akte privatrechtlicher Vertretung einerseits und hoheitlicher Gewaltäußerung andererseits eingeführt[9]). Da die staatlichen Organe den Staat in Erfüllung seiner Aufgaben darstellen, seien ihre Handlungen Akte des Staates selbst. Die den Beamten zur Ausübung übertragene Staatsgewalt befähige sie zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Anordnungen und löse bei rechtswidriger Anwendung und Schadenseintritt die Ersatzpflicht aus[10]). Wenn man gegen die Haftpflicht des Staates einwende, der rechtswidrig handelnde Beamte übe gar nicht mehr Staatsgewalt aus, durch sein Handeln könne also kein Entschädigungsanspruch gegen den Staat entstehen, so gehe dies fehl. Entscheidend sei nur, daß die dem Beamten übertragene Staatsgewalt den Untertan tatsächlich zur Unterwerfung unter den ihn schädigenden Befehl zwinge.

H. A. Zachariä[11]) knüpft an Pfeiffer an. Scharf wendet er sich gegen die Versuche, das Problem mit Hilfe privatrechtlicher Sätze zu lösen. Das wechselseitige Verhältnis zwischen Staat, Beamten und Untertan sei von ganz anderen Grundsätzen beherrscht als die Mandatsverhältnisse des bürgerlichen Rechtsverkehrs. Behauptet Pfeiffer eine primäre Haftpflicht des Staates, so tritt Zachariä für

---

[5]) Vgl. Piloty S. 247; Sprecher v. Bernegg, Ueber d. Entschädigungspflicht d. Staates, S. 63 ff.

[6]) Zöpfel, Grundsätze d. gem. deutsch. Staatsrechts, 2. Auflage § 217; Dock S. 248; Scheffler S. 52; Piloty, Annalen 1888, S. 249, 250.

[7]) K. S. Zachariä, vierzig Bücher v. Staate I. Teil S. 99.

[8]) L. W. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. aus allen Teilen d. Rechtswissenschaft Bd. 1 1825, Bd. 3 1831.

[9]) Dock, Arch. f. ö. R. 16, S. 248.

[10]) Piloty S. 252/253.

[11]) H. A. Zachariä i. Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaften 1863, S. 582 ff.

eine subsidiäre ein, die er aus der Notwendigkeit herleitet, der Staat habe für die Handlungen seiner Beamten Garantie zu übernehmen. Die Ersatzpflicht trete jedoch nur ein, wenn zu der objektiven Rechtswidrigkeit subjektives Verschulden des Beamten hinzukomme[12]).

Sind bisher Vertreter einer mehr oder minder weitgehenden Anerkennung einer Entschädigungspflicht des Staates genannt worden, so seien von den Autoren, die einen Ersatzanspruch leugnen, noch angeführt: Bluntschli, Piloty und Loening[13]).

Bluntschli lehnt eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staates ab, da Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs regelmäßig ein Verschulden des Pflichtigen sei. Das Verschulden des Beamten sei aber nicht Verschulden des Staates, da zwischen beiden keine Identität vorliege.

Piloty[14]) erkennt gleichfalls an, daß die entsprechende Anwendung von Haftungsgrundsätzen des bürgerlichen Rechts unzulässig ist. Nur wenn der Fiskus infolge des rechtswidrigen Handelns der Beamten bereichert werde, sei ein Privatrechtsanspruch auf Herausgabe der Bereicherung gegeben. Dieser habe mit einem Entschädigungsanspruch nichts zu tun[15]).

Aber auch aus staatsrechtlichen Gründen lasse sich keine Ersatzpflicht herleiten. Piloty prüft die vertretenen staatsrechtlichen Auffassungen, die eine Entschädigungspflicht auf Grund des Unterwerfungs-, Repräsentations- und endlich Garantieverhältnisses bejahen, und kommt zu dem Ergebnis, daß keine der Begründungen der juristischen Untersuchung standhalte[16]). Ein Rechtsgrund für eine Entschädigungspflicht sei nicht gegeben.

Loening betont, daß Privatrechtssätze dann nicht zur Anwendung kommen können, wenn der Staat in Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt tätig wird[17]). Ob hier ein Entschädigungsanspruch begründet sei, könne bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung nur aus dem Verhältnis des Bürgers zum Staat festgestellt werden. Doch spreche eine Betrachtung dieser Beziehungen gegen eine Entschädigungspflicht des Staates. Wird der Beamte tätig, ohne daß sein Handeln durch eine Norm gedeckt ist, so sei das Verlangen des Geschädigten nach Entschädigung nicht gerechtfertigt, da der Untertan nicht zu unbeschränktem Gehorsam gegen den Staat verpflichtet sei, wenn der Staat rechtswidrig vorgehe[18]). Hieraus ergäben sich schon Recht

---

[12]) Dock S. 249; Piloty, Annalen 1888, S. 255/256.

[13]) Bluntschli, Gutachten i. Verh. d. 6. Deutschen Juristentages 1865, Bd. 1 S. 45 ff.; Piloty S. 257—260, 271; Loening, Haftung d. Staats, S. 93 ff., bes. 116 ff.

[14]) Piloty S. 266.

[15]) a. a. O. S. 267.

[16]) Piloty, Annalen 1888, S. 267 ff.

[17]) Loening S. 93; vgl. auch Piloty, S. 259.

[18]) Loening S. 98, 99, 102, 103, 117 ff.

und Pflicht zur Prüfung des amtlichen Aktes auf seine Rechtmäßigkeit. Treffe daher den einzelnen ein Schaden, weil er einer rechtswidrigen Anordnung Folge leistete, so ergebe sich schon daraus das Fehlen der staatlichen Ersatzpflicht, daß er zur Befolgung nicht verpflichtet war. Ein Rechtsgrund, aus dem der Staat für rechtswidriges Handeln allgemein Ersatz zu leisten habe, bestehe also nicht[19]). Sei der Staat jedoch durch die rechtswidrige Tätigkeit bereichert, so folge aus dem Wesen des Rechtsstaates die Pflicht zur Rückgewährung des grundlos Erlangten.

Nach einer Untersuchung von Sonderfragen kommt Loening zur Bejahung der Haftpflicht des Staates bei bestimmten öffentlichrechtlichen Verträgen, Hinterlegung, Sequestration und Beschlagnahme[20]). Da deren Natur nicht dagegen spreche, fänden die Grundsätze des Privatrechts Anwendung[21]).

2.

Von Georg Meyer bis Otto Mayer.

Von den neueren Schriftstellern, die sich mit dem Problem beschäftigt haben, sucht Georg Meyer aus dem Subjektionsverhältnis ein staatsrechtliches Prinzip für die Haftung zu gewinnen. Fordere der Staat mit Zwangsgewalt, so solle er den Ersatz des etwa entstehenden Schadens garantieren[22]).

Gierke folgert eine Haftpflicht des Staates aus der Feststellung, daß die Gesamtperson selbst die unerlaubte Handlung ihrer Organe begehe[23]). Sei die Gesamtperson aber handlungsfähig, übe sie selbst die gegen das Recht verstoßenden Handlungen aus, so sei sie auch für den Schaden verantwortlich und müsse Ersatz leisten. Die Folgen unerlaubter Handlungen seien privatrechtlicher Natur, und dem Privatrecht unterliege das Leben der Körperschaft wie das des Individuums. Es stehe hier keine Frage des öffentlichen Rechts zur Untersuchung, denn es handle sich um eine Verletzung privater Rechtsgüter, die zwar erfolgt sei durch ein Einschreiten auf dem Gebiete des öffentlichen Lebens, das aber im Gegensatz zu den dieses öffentliche Leben regelnden Rechtssätzen stehe[24]).

Fleiner sagt, daß für Fragen der Schadenstragung bei Ausübung der Polizeigewalt und dadurch verursachten Beschränkungen der Bürger die Grundsätze über die Beamten- und Staatshaftung maßgebend seien, sofern das organmäßige Handeln in Verletzung einer Amtspflicht erfolgt sei. Entsprächen die Eingriffe jedoch dem Recht, so

[19]) Loening, Haftung d. Staats, S. 109.
[20]) a. a. O. S. 131 ff.
[21]) a. a. O. S. 132.
[22]) G. Meyer, Lehrbuch d. Staatsrechts, § 149.
[23]) O. Gierke, Verh. d. 28. Deutsch. Juristentages 1. Bd. S. 135; ferner Deutsches Privatrecht 1895 I. § 61; vgl. auch Dock, Archiv f. ö. R. 16, S. 252—254.
[24]) Vgl. auch O. Gierke, Verh. d. 28. D.J.T. 1. Bd. S. 140.

sei ein Entschädigungsanspruch nur gegeben, wenn er durch Gesetz ausgesprochen werde[25]).

Da Fleiner auch die Fälle mitbehandelt, in denen wir rechtswidrig schuldloses Handeln der Staatsgewalt festgestellt haben — wie bei der Entschädigung für unschuldig Verurteilte[26]) — so können wir annehmen, daß er auch die von uns als schuldlos rechtswidrig erkannten Fälle darunter rechnet. Wenden wir uns daher Fleiners Ausführungen über die öffentlichrechtliche Entschädigung zu. Er schickt eine Betrachtung der positiven Gesetzesbestimmungen voraus, in denen die Entschädigungsfrage geregelt ist. Er kommt dann zu dem Satz, Entschädigung sei nur zu leisten, wenn sie ausdrücklich durch Rechtssatz begründet werde[27]). Treffe jedoch das Gesetz keine Bestimmung, so dürfe daraus nicht gefolgert werden, daß die Eingriffe von dem Bürger ersatzlos hingenommen werden müßten. Denn ein allgemeines, den Entschädigungsanspruch anerkennendes Hoheitsrecht sei zu leugnen, doch sei „in allen deutschen Staaten bei gewissen Arten von staatlichen Eingriffen die Vorstellung, die staatliche Entschädigungspflicht entspreche der Gerechtigkeit, so allgemein geworden, daß sie sich zu einer festen Rechtsüberzeugung verdichtet hat"[28]). „Wenn die Gerichte auf derartig feste und seit langem eingewurzelte Rechtsüberzeugungen gestoßen sind, haben sie diese mit Hilfe überlieferter Formeln zu rechtfertigen versucht"[29]).

Otto Mayer[30]) geht davon aus, daß jede Entschädigung auf Wiedergutmachung einer eingetretenen Vermögensminderung gerichtet sei. Der erlittene Schaden solle durch Geld ausgeglichen werden. Werde durch die Handlung eines Bürgers das Vermögen eines anderen geschädigt, so biete das Bürgerliche Gesetzbuch das Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung zum Ausgleich. Diese Sätze ließen sich jedoch nicht anwenden, wenn die Frage zu beantworten sei, ob der Staat für die rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten hafte. Die Parteien ständen sich hier nicht gleichberechtigt gegenüber. Für das Verhältnis des Staates zum Untertan sei das öffentliche Recht maßgebend. Durch die Ideen des alten Polizeistaates sei dies früher verkannt worden. Habe man die Oeffentlichrechtlichkeit der Frage erkannt, so dürfe man die Lösung nicht durch einfache Herübernahme bürgerlichrechtlicher Sätze versuchen. Bür-

[25]) Fleiner, Verw. Recht S. 397.
[26]) Ebenda S. 297.
[27]) Ebenda S. 303.
[28]) Fleiner, Verw. Recht S. 304. Vgl. hierzu auch R.G.Z. i. Bd. 64 S. 186. „In ihrer grundsätzlichen Berechtigung . . . liegt stets ein Anhalt dafür, daß der einzelne Staat, dessen gesetzgeberischer Standpunkt zu prüfen ist, sich von ihr leiten läßt und sie als im Staat geltendes Recht anerkennt, mag dies auch nicht in einer einzelnen Gesetzesvorschrift einen speziellen und völlig adäquaten Ausdruck finden."
[29]) Fleiner, Verw. Recht S. 304.
[30]) Otto Mayer, Verw. Recht II § 53 (S. 295 ff.). Derselbe, Sächs. Arch. 1913 S. 1 ff. Derselbe, Neue Zeit- u. Streitfragen S 1 ff.

gerliches Recht und öffentliches Recht gingen von ganz verschiedenen Grundlagen aus, die auf die Ausgestaltung der die beiden Rechtsgebiete beherrschenden Hauptlinien wesentlich eingewirkt hätten. Dies zeige sich besonders bei den außervertraglichen Schadensersatzgründen des bürgerlichen Rechts. Sie fänden ihre Grundlage in der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte. Beherrscht würden sie von der „Idee des Vorwurfs"[31]). Für das Gebiet der Ausübung hoheitlicher Staatsgewalt müßten diese Grundsätze ausscheiden. Zwar schädige auch der Staat den einzelnen rechtmäßig oder rechtswidrig, aber sein Tätigwerden sei durch die Notwendigkeit eines geordneten Zusammenlebens bedingt. Die Idee des Vorwurfs habe hier keine Berechtigung. Zur Entschädigungspflicht des Staates führten andere Erwägungen.

Der Staat müsse den einzelnen in seiner Eigensphäre beschränken, wenn er seinen Aufgaben gerecht werden wolle. Tue er dies, so sei es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß das dem einzelnen notwendig auferlegte Opfer von der Gesamtheit der Staatsgenossen getragen werde. Dies sei dann eine ausgleichende Entschädigung in ganz besonderem Sinne. Der Nachteil, den der einzelne um des Gemeinwesens willen erleiden müsse, werde dadurch „auf alle übernommen, um von ihnen in der geordneten Gleichmäßigkeit der Staatslasten getragen zu werden"[32]). Bei rechtmäßigen Akten würden die Lasten von vornherein gleichmäßig verteilt oder nachträglich ausgeglichen, bei rechtswidrigen erleide der einzelne allein den Nachteil. Die Gerechtigkeit erfordere dann die nachträgliche Verteilung auf die Gesamtheit. Die Rechtswidrigkeit sei deshalb hier von Bedeutung, weil sie die ungleiche Schadenstragung verursache. Nicht Vorhandensein oder Feststellbarkeit eines Verschuldens sei die Voraussetzung der Entschädigungspflicht, sondern ihr Grund liege einzig und allein in der ungleichen Verteilung der Lasten. Gestützt werde sie auf die öffentlichrechtliche Billigkeitsregel, wie sie sich auch in den Beamtenhaftungsgesetzen des Reiches von 1910 und Preußens von 1909 und den Entschädigungsgesetzen von 1898 und 1904 zeige[33]). Ausgeglichen würden jedoch nur die unmittelbaren Schäden an den vom Staatsgrundgesetz geschützten Gütern, „Freiheit und Eigentum, und, was ihnen gleichsteht, wie körperliche Unversehrtheit und wohlerworbene Rechte aller Art"[34]). Nicht jede Benachteiligung sei also ausgleichspflichtig, sondern nur das „besondere Opfer"[35]).

---

[31]) O. Mayer, Sächs. Arch. 1913 S. 10.

[32]) O. Mayer, Verw. Recht II. S. 296. Vgl. auch Sächs. Arch. 1913 S. 11; ferner Neue Zeit- u. Streitfragen S. 11.

[33]) O. Mayer, Sächs. Archiv 1913 S. 13/14: Haftung des Staates an Stelle des Beamten trotz Deliktshaftung, sogar bei Bewußtlosigkeit des Beamten: § 1 Abs. 2 (1910).

[34]) O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfragen S. 7.

[35]) le dommage direct et matériel: O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfragen S. 8. Vgl. auch Wachler u. Naundorff, Fischers Zeitschr. 28 S. 24 A. 1c.

Zwar sei dieser Forderung der Billigkeit durch ausdrückliche Rechtssätze noch nicht allgemein genügt worden, und die Billigkeitsforderung sei keineswegs einer Rechtsvorschrift gleichwertig. Sie sei jedoch der Anlaß zu Gedanken der Normierung und für Inhalt und Richtung des Rechtssatzes von entscheidendem Einfluß[36]). Besonders leite sie auch das Bestreben, die Lücken der Gesetzgebung zu füllen. Durch die Billigkeitsforderung habe sich in Deutschland eine Ordnung öffentlichrechtlicher Entschädigung herausgebildet[37]). In der Zeit der landesherrlichen Hoheitsrechte finde sich eine besondere Entschädigungspflicht, deren Bestehen Hugo Grotius nachgewiesen habe. Der Landesherr habe bei Eingriffen in wohlerworbene Rechte Ersatz leisten müssen. Es habe der Satz gegolten: aequum et justum est pretium esse resarciendum[38]). Der Polizeistaat, in dem der Fürst in vielen Fällen Entschädigung „aus gutem Willen" geleistet habe, sei durch den Rechtsstaat abgelöst worden. Hier sei eine große Zahl von Sonderregelungen für bestimmte Fälle erfolgt, die jedoch einige allgemeinere Normen nicht ausschlössen. Besonders kämen in Betracht die §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht. Noch bestehende Lücken würden ausgefüllt durch „althergebrachtes Gewohnheitsrecht"[39]).

§ 7

Kritik.

Wenn wir zu den angeführten Ansichten Stellung nehmen wollen, so ist vorerst festzustellen, daß eine Möglichkeit, die Fragen durch zivilrechtliche Konstruktionen zu lösen, nicht gegeben ist. Die Begründung hierfür liegt in der nachgewiesenen Oeffentlichrechtlichkeit des zugrundeliegenden Verhältnisses[1]).

Daher sind auch die Lösungsversuche Pfeiffers und H. A. Zachariäs abzulehnen. Denn beide vertreten trotz der staatsrechtlichen Einkleidung doch privatrechtliche Ansichten. Die Mithaftung des Staates als Mitdeliquent im Sinne Pfeiffers und die Garantiehaftung Zachariäs, die im Grunde der privatrechtlichen Bürgschaft nachgebildet ist, sind zivilrechtliche Begründungen der Ersatzpflicht[2]). Das gleiche gilt für den öffentlichrechtlichen Hinterlegungsvertrag, für den Loening als einzigen Fall eine Entschädigungspflicht annimmt[3]).

---

[36]) O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfr. S. 6, 12.

[37]) O. Mayer, Verw. Recht II S. 296.

[38]) O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfr. S 4; vgl. z. folgenden ebendort S. 4 ff.

[39]) Vgl. O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfragen S. 5.

[1]) Bei der Kritik der Rechtsprechung wird noch näher hierauf eingegangen.

[2]) So auch O. Mayer, Sächs. Arch. 1913 S. 2.

[3]) Vgl. Piloty, Annalen 1888, S. 263/264.

Es bedarf unseres Erachtens keiner weiteren Bewertung der oben angeführten Lehren, da die soeben kurz genannten Gründe darlegen, daß das Problem auf diesen Wegen nicht gelöst werden kann. Eine Darstellung der einzelnen Ansichten in ihren Grundzügen war andererseits erforderlich, um zu zeigen, wie man die strittige Frage entscheiden zu können hoffte.

Besonders ist festzustellen, daß man zu sehr von dem Verschuldensbegriff des bürgerlichen Rechts ausging und infolgedessen die Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung bei rechtswidrig-schuldlosem Eingriff entweder falsch beantwortete oder überhaupt nicht sah.

Nur auf die neueren Lehren und die Rechtsprechung soll näher eingegangen werden.

Otto Mayer muß das Verdienst zugesprochen werden, zur Förderung der Fragen der öffentlichrechtlichen Entschädigung in starkem Maße beigetragen zu haben. Seine Untersuchungen gehen an den Kern des Problems[4]). Richtig wird erkannt, daß die Frage des Verschuldens hier ohne Bedeutung ist. Die notwendigen Belange des Staates erfordern auch Beeinträchtigungen des Bürgers. Soweit ist seinen Ausführungen beizutreten. Anders steht es jedoch mit der rechtlichen Begründung. Hatte Otto Mayer anfangs[5]) ein die allgemeine Entschädigungspflicht bejahendes Gewohnheitsrecht behauptet, so ist die Unrichtigkeit dieser Annahme durch die sorgfältigen Untersuchungen von Anschütz[6]) dargelegt worden. In der letzten Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts[7]) erkennt Otto Mayer an, daß die Billigkeitsforderung nicht bindendes Recht ist. Es habe sich jedoch eine Ordnung öffentlichrechtlicher Entschädigung auf dem oben dargestellten Wege herausgebildet. Gewohnheitsrechtliche Begründung muß entfallen, da es an der communis opinio fehlt[8]). Ebenso versagen die anderen Rechtsquellen, die Otto Mayer, wenn auch jetzt nur als solche zweiten Ranges, heranzieht (wie u. a. das Juristenrecht). Die Billigkeit allein aber ist nicht befähigt, den Rechtsgrund für die Entschädigungspflicht zu bilden.

---

[4]) Das Sächs. Oberverwaltungsgericht ist der Lehre Otto Mayers gefolgt. Vgl. z. B. das Urteil v. 3. Februar 1904: „Für Nachteile, die durch Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung entstanden sind und sich als ein besonderes Opfer darstellen, das dem einzelnen im Interesse der Gesamtheit auferlegt wird, muß Entschädigung gewährt werden, auch wenn es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gibt." Siehe bei Wachler u. Naundorff, Fischers Zeitschr. 28, S. 24 III A 1 c.

[5]) Otto Mayer i. d. 1. Auflage seines Verwaltungsrechtes § 53 II S. 349. Vgl. hierzu u. z. folgenden auch: Schelcher, Fischers Zeitschr. 52 S. 146 ff.

[6]) Anschütz, Verw. Arch. V S. 1 ff.

[7]) Otto Mayer, Verw. Recht 3. Aufl. 2. Bd. S. 297 ff.

[8]) Vgl. auch Koch, Das Problem d. öffentlichrechtl. Entschädigung, S. 52—54.

Es ist anzuerkennen, daß Otto Mayer die Fragen der öffentlichrechtlichen Entschädigung der Lösung erheblich näher gebracht hat. Doch muß seine Lehre scheitern, da sie nur von dem Grundsatz der Billigkeit getragen wird.

Der Ansicht Fleiners, ein altes Gewohnheitsrecht habe sich zwar nicht gebildet, doch sei die Vorstellung, die staatliche Entschädigungspflicht entspreche der Gerechtigkeit, zur festen Rechtsüberzeugung geworden, wird zuzustimmen sein. Hiermit ist die Billigkeitsforderung Otto Mayers, wenn auch abgeschwächt, in ihrem Grunde als rechtlicher Leitsatz festgestellt worden.

Die Grundlage für das Problem der öffentlichrechtlichen Entschädigung ist geschaffen. Ueber den Weg der endgültigen Lösung wird unten in § 10 zu sprechen sein.

§ 8

Die Rechtsprechung zu der Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung.

Haben wir uns bisher mit den Ansichten der Hauptvertreter des Schrifttums beschäftigt, so soll in diesem Paragraphen an Hand grundsätzlicher Entscheidungen des Reichsgerichts gezeigt werden, wie die Rechtsprechung zu den Fragen der öffentlichrechtlichen Entschädigung steht. Wir geben die einzelnen Entscheidungen in zeitlicher Folge wieder. Anschließend werden wir im Zusammenhang zu ihnen Stellung nehmen und eine einheitliche Linie zu finden suchen.

In der Entscheidung vom 8. April 1884 lehnte der 3. Zivilsenat[1]) jede Haftpflicht des Staates für Schäden ab, die durch seine Beamten rechtswidrig zugefügt worden sind. Wenn es auch als Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit anzuerkennen sei, in diesen Fällen einen Ersatzanspruch zu gewähren, so könne dies wohl den Gesetzgeber zur gesetzlichen Begründung der Haftpflicht veranlassen, im geltenden Recht aber fehle es an einer derartigen Norm. Aus dem Staatsbegriffe und aus der Stellung der Beamten folge nicht mit Notwendigkeit, daß der Staat durch die Anstellung diese Garantie stillschweigend übernehme, und auch darin, daß der Staat im öffentlichen Interesse und zur Sicherheit des Rechtsverkehrs Einrichtungen treffe, wonach in bestimmten Fällen die Mitwirkung gewisser Beamter notwendig sei, könne nicht der Ausdruck der Willenserklärung gefunden werden, für die durch pflichtwidrige und gesetzwidrige Handlungen der Beamten entstehenden Beschädigungen haften zu wollen[2]).

---

[1]) R.G.Z. Bd. 11 S. 206 ff.
[2]) Vgl. a. a. O.

Der Entscheidung des 6. Zivilsenates vom 8. Mai 1890 lag folgender Tatbestand zugrunde: Verfügungen, durch die mehrere Baugesuche abgelehnt worden waren, mußten aufgehoben werden, da eine Baufluchtlinienfestsetzung noch nicht stattgefunden hatte. Als ein drittes Gesuch eingereicht wurde, war die Fluchtlinie gerade festgesetzt worden. Der Ablehnung folgte die Enteignung des unbebauten Grundstückes. Die Kläger verlangten Ersatz des erlittenen Schadens, da ihnen die Verweigerung des Baukonsenses die Bebauung und Ausnutzung des Grundstückes unmöglich gemacht habe.

Das Reichsgericht läßt hier die Anwendung der §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht zu. Ob eine Kollision zwischen den besonderen Rechten der Geschädigten und ihren Pflichten zur Beförderung des allgemeinen Wohles tatsächlich bestanden habe, sei gleichgültig. Denn nach dem Inhalt der §§ 74, 75 E.A.L.R. in ihrem Zusammenhange müsse der Entschädigungsanspruch schon dann begründet erscheinen, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde eine Kollision, wie sie der § 74 voraussetzt, als vorhanden angenommen und „auf Grund dieser Annahme, mochte dieselbe richtig oder unrichtig sein, den . . . genötigt haben, seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl und den Interessen der beteiligten Stadtgemeinde aufzuopfern"[3]).

In einer Entscheidung vom 20. September 1890, deren näherer Tatbestand hier nicht interessiert, lehnte der 5. Zivilsenat eine Entschädigungspflicht des Staates wegen falscher Anwendung eines Gesetzes durch eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich ab[4]). Lege der Betroffene gegen die Verfügung kein Rechtsmittel ein, so sei die Verfügung für den Richter genau so gesetzmäßig, wie wenn sie von der letzten verwaltungsgerichtlichen Instanz bestätigt worden sei. Er könne nur noch feststellen, ob durch diese „gesetzmäßige" Verfügung ein nach dem Gesetz vom 11. 5. 1842 zur Entschädigung berechtigter Eingriff erfolgt sei.

In der Entscheidung vom 24. 1. 1895 verneinte der 6. Zivilsenat[5]) die Frage, ob der Staat Entschädigung zu leisten habe, wenn die Polizeibehörde auf Grund irrtümlicher Annahme der Baufälligkeit den Abbruch eines Hauses durchgesetzt habe. Die Bestimmungen der §§ 74, 75 E.A.L.R. griffen nicht ein, da sich die Behörde nicht darüber geirrt habe, ob ein Widerspruch zwischen den Rechten oder Vorteilen des Klägers und den Pflichten zur Beförderung des allgemeinen Wohles bestanden habe, sondern darüber, ob die gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 39—56 A.L.R. I. 8) für den angeordneten Ab-

---

[3]) R.G.Z. Bd. 26 S. 269 (Entscheid. d. 6. Ziv.-Sen. v. 8. 5. 1890, R.G.Z. 26 S. 265 ff.

[4]) R.G.Z. Bd. 26 S. 337 ff., bes. 341; vgl. auch Entsch. d. 5. Ziv.-Sen. v. 11. 5. 1892, Jur. Woch. 1892 S. 320 Nr. 40.

[5]) R.G.Z. Bd. 34 S. 294 ff.

bruch des Hauses vorlagen. „Ein derartiger Irrtum" könne einen Entschädigungsanspruch gegen diejenigen begründen, die ihn verschuldet hätten, aber niemals auf Grund des § 75 E.A.L.R. gegen den Staat[6]).

Der 7. Zivilsenat erklärte in einem Urteil vom 16. 10. 1906[7]), daß es nicht im Widerspruch zu den Belangen des öffentlichen Wohles stehe, wenn der dem einzelnen im Interesse der Allgemeinheit zugefügte Schaden auf die Gesamtheit verteilt werde.

In der Entscheidung vom 31. 3. 1914[8]) hat der 3. Zivilsenat auf dem Umwege über das Privatrecht eine Ersatzpflicht festgestellt.

Der 5. Zivilsenat weist in der Entscheidung vom 1. 5. 1919[9]) auf die Notwendigkeit scharfer Trennung zwischen Ausübung fiskalischer und hoheitlicher Rechte der Staatsgewalt hin. Im ersten Falle sei der Staat für das Verschulden seiner Willensorgane in gleichem Maße verantwortlich wie für eigenes Verschulden. „Dagegen haftet der Staat nicht für den Schaden, der bei der Wahrnehmung seiner Hoheitsrechte, namentlich der obrigkeitlichen oder Regierungsgewalt, durch Handlungen seiner Beamten zugefügt wird, sofern nicht ausnahmsweise durch besondere gesetzliche Bestimmungen eine solche Haftung ausgesprochen ist"[10]).

Der 5. Zivilsenat betonte in seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1920 den Grundsatz, daß Entschädigung dann zu leisten sei, wenn dem Betroffenen der Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung von Einwirkungen „durch eine Sondervorschrift entzogen und er deshalb der schädigenden Einwirkung gegenüber völlig machtlos" sei[11]).

Der 1. Zivilsenat erkannte in einer Entscheidung vom 28. September 1921[12]) auf Entschädigung im Falle einer Patentverletzung durch den Reichsmilitärfiskus. Da dem Patentinhaber gegen die Ingebrauchnahme des Patents weder Rechtsmittel noch Unterlassungsklage gegeben seien, entspreche es der Billigkeit, daß für die nachträgliche Entschädigung der allgemeine Rechtsgrundsatz Platz greife, wie er z. B. im § 75 E.A.L.R. zum Ausdruck gebracht sei, wonach in dem Maße, in welchem jemand seine privaten Rechte dem allgemeinen Wohl aufzuopfern gezwungen werde, er zu entschädigen sei. Zu einer solchen Entschädigung gehöre auch der entgangene Gewinn[13]).

---

[6]) R.G.Z. Bd. 34 S. 298/299.
[7]) R.G.Z. Bd. 64 S. 183 ff., bes. S. 185.
[8]) Jur. Woch. 1914 S. 676 u. R.G.Z. Bd. 94 S. 169 ff.; R.G.Z. Bd. 98 S. 195; vgl. auch Josef „Geschäftsführ. ohne Auftrag b. Feuerlöschwesen . . .", Pr. Verw.Bl. 42 S. 325 ff.
[9]) R.G.Z. Bd. 71 S. 44 ff.
[10]) R.G.Z. Bd. 71 S. 46.
[11]) R.G.Z. Bd. 101 S. 103, 105.
[12]) R.G.Z. Bd. 102 S. 390 ff.
[13]) R.G.Z. Bd. 102 S. 391.

Die gleiche Ansicht vertrat der 3. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 27. 1. 1923[14]), wo ein für Militärzwecke beschlagnahmtes Haus in stark beschädigtem Zustande zurückgegeben wurde. Das Reichsgericht gewährte dem Eigentümer eine durch Verschuldensnachweis nicht bedingte Klage auf Schadensersatz, weil er sich staatliche Beschränkungen seiner Verfügungsfreiheit hatte gefallen lassen müssen.

Besonders beachtlich für die Frage der Entschädigung ist die Entscheidung von 29. 4. 1926[15]). Beim Abschleppungsmanöver eines auf Grund geratenen Fährschiffes durch ein Torpedoboot beschädigte dieses — gleichfalls in Seenot — das Kabel einer Elektrizitätsgesellschaft. Das Reichsgericht lehnte die Annahme hoheitsrechtlicher Staatstätigkeit ab und erkannte gemäß § 904 B.G.B. auf Entschädigung. Von größerer Bedeutung sind die Sätze, die das Reichsgericht grundsätzlich über die Entschädigung bei Eingriffen der Hoheitsgewalt in den staatsfreien Rechtskreis ausspricht. Wir zitieren wörtlich[16]): „Es entspricht den für einen Rechtsstaat unabweislichen Grundsätzen für Recht und Billigkeit, daß der so im Interesse der Allgemeinheit verursachte Schaden nicht dem zu seiner Abwehr unbefugten einzelnen, sondern der Allgemeinheit zur Last fällt." Diesen Gedanken habe bereits der § 75 E.A.L.R. ausgesprochen. Erst nachträglich sei er eingeschränkt worden, jedoch habe ihn die neuere Gesetzgebung wieder zur Geltung gebracht[17]). „Eine gesunde Rechtsentwicklung führt über die Beschränkung jenes Grundsatzes auf die genannten Fälle hinaus zu seiner Anwendung auch auf solche Eingriffe in das bürgerliche Rechtsleben, die ohne Verschulden der Staatsorgane im öffentlichen Interesse den einzelnen in den ihm an und für sich zustehenden Rechten schädigen, und ist mit den berechtigten Interessen der Allgemeinheit nicht nur vereinbar, sondern eng verbunden."

§ 9

Kritik.

Die zum Teil ablehnenden Entscheidungen des Reichsgerichts finden ihre Erklärung darin, daß es in Schadensersatzklagen, die sich auf Rechtswidrigkeit gründen, eine durch § 1 des Gesetzes von 1842

---

[14]) R.G.Z. Bd. 104 S. 18—20; ebenso 6. Ziv.-Sen. Entsch. v. 1. 7. 20. R.G.Z. Bd. 100 S. 69 ff.; 5. Ziv.-Sen. Entsch. v. 23. 3. 25, J.W. 26 S. 364,2 u. v. 8. 4. 25. J.W. 25 S. 2446,3; siehe auch R.G.Z. Bd. 121 S. 237.

[15]) 1. Ziv.-Sen. R.G.Z. Bd. 113 S. 301 ff.

[16]) R.G.Z. Bd. 113 S. 306.

[17]) So z. B. d. Reichsgesetz v. 22. 5. 1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten und Artikel 131 d. Reichsverf. v. 11. 8. 19. für die Fälle einer Schädigung durch Amtspflichtverletzung; ferner i. d. Enteignungsgesetzgebung auch bei nicht schuldhaften Eingriffen, sowie § 26 d. R.Gew.-Ordnung usw.

ausgeschlossene Beschwerde gegen die Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Polizeiverfügung sieht[1]).

Nicht zulässig sind die Versuche, das Problem mit privatrechtlichen Konstruktionen lösen zu wollen. Privatrechtliche Beziehungen liegen nicht deshalb vor, weil dem Staatsorgan in dem konkreten Falle die objektive Rechtmäßigkeit seiner Amtsausübung fehlt, und eine Verpflichtung des Untertanen zum Gehorsam nicht besteht. Ganz abgesehen hiervon handelt es sich um ein Verhältnis, in dem der eine kraft Hoheitsrechtes befiehlt, der andere — ohne freien Willensentschluß — gehorcht. Hier herrscht staatlicher Zwang, dort Unterwerfung unter einen Hoheitsbefehl. Das Reichsgericht hat sich in einigen Fällen damit zu helfen versucht, daß es ein nach den §§ 662 ff. B.G.B. zu beurteilendes Auftragsverhältnis konstruierte[2]). § 662 B.G.B. setzt aber unbestritten einen privatrechtlichen Auftrag voraus und ist bei einem kraft staatlichen Befehls entstandenen Rechtsverhältnis schlechthin unanwendbar[3]). Dem Reichsgericht ist zuzugeben, daß ein Polizeibeamter sehr wohl dritte Personen mit Arbeiten, deren Ausführung im öffentlichen Interesse liegt, „beauftragen" kann, und daß sich dieses Verhältnis dann unter Umständen nach bürgerlichrechtlichen Sätzen regelt. Voraussetzung für die Annahme eines nach Auftragsrecht zu beurteilenden Vertrages ist aber stets, daß der Beauftragte sich frei für oder gegen Uebernahme der Verpflichtung entscheiden kann. Maßgebend ist nicht allein, daß die Leistungserfüllung im öffentlichen Interesse liegt, sondern der Rechtsgrund, aus dem dieses Verhältnis entstanden ist. Für derartige Zwangslagen private Rechtsgebilde auch nur analog anzuwenden[4]), ist nicht angängig, denn es liegt hier nichts dem Privatrecht ähnliches, sondern etwas ganz anderes vor. Dem — vermeintlich — Verpflichteten wird gerade in den hier in Frage kommenden Fällen selten die klare Feststellung möglich sein, ob er auch tatsächlich zur Leistung verpflichtet ist. Außerdem läuft der Betroffene Gefahr, sich des Widerstandes gegen die Staatsgewalt schuldig zu machen, wenn er dem Befehl nicht Folge leistet, denn die Rechtsprechung geht bei Anwendung des § 113 St.G.B. sehr weit. Das Reichsgericht sieht die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nur als Bedingung der Strafbarkeit an. Sie braucht also vom Vorsatz des Täters nicht umfaßt zu sein. Befindet sich der Beamte in einem tatsächlichen Irrtum oder wird er durch einen Befehl gedeckt, so handelt er nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in rechtmäßiger Ausübung seines Am-

---

[1]) Vgl. Furler, Verw.Arch 33 S. 415. Otto Mayer, Sächs. Arch. 1913 S. 5.

[2]) z. B. R.G.Z. Bd. 94 S. 169 ff.; Bd. 98 S. 195 ff.; so auch Josef, Pr.Verw.-Bl. 42 S. 325 ff.

[3]) So auch Hoffacker, Pr.Verw.Bl. 42 S. 40.

[4]) Vgl. ebenso Parisius, Pr.Verw.Bl. 46 S. 458.

tes[5]). Der Widerstand leistende Bürger ist daher strafbar. § 59 St.G.B. ist nicht anwendbar. Der Staat muß dem so handelnden Beamten diesen Schutz gewähren, anderenfalls würde er eine seiner Lebensgrundlagen selbst vernichten[6]).

Können wir hiernach die Unterstellung unter bürgerlichrechtliche Normen nicht billigen, so ist doch in dem Vorgehen des Reichsgerichts zu erkennen, daß es Ersatz gewähren will, aber nach festen ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen sucht, um ihn begründen zu können[7]).

Die Absicht des Reichsgerichts, Ersatz dann zu gewähren, wenn dem Betroffenen durch Hoheitsakt der Staatsgewalt ein unverhältnismäßiger Nachteil zugefügt wurde, ist aus den einzelnen Entscheidungen zu ersehen. Besonders sei in diesem Zusammenhang nochmals auf die Entscheidung des 1. Zivilsenates in Band 113 S. 301 ff., vor allem S. 306, verwiesen. Auch liegt die weitgehende Anwendung von Enteignungsgrundsätzen in ihrer praktischen Folge in dieser Richtung.

Die Anwendung der §§ 74, 75 E.A.L.R. ist nur zulässig, wenn die Rechte und Pflichten des einzelnen tatsächlich mit dem Wohl und mit den Interessen der Allgemeinheit in Widerstreit liegen. Ist z. B. in einem Ort Feuer ausgebrochen und fordert die Polizei von dem Eigentümer eines Sees Zutritt zwecks Entnahme von Wasser, so ist diese Verfügung berechtigt. Denn die Belange der Allgemeinheit stehen mit der Befugnis des Eigentümers, andere von dem Gebrauch seiner Sache auszuschließen, in Widerspruch. Hat aber die Gemeinde ohne Kenntnis der Polizei ausreichende Mittel zur Löschung zur Hand, so ist ein solcher Widerstreit der Interessen nicht gegeben. In diesem Fall ist das polizeiliche Einschreiten durch § 74 nicht gedeckt und ein Entschädigungsanspruch nach § 75 infolgedessen nicht begründet[8]).

§ 10

Eigene Begründung.

Ein kurzer Ueberblick über die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung soll zur eigenen Ansicht über die Lösung des Entschädigungsproblems überleiten.

---

[5]) Vgl. etwa R.G.Str. Bd. 2 S 423, Bd. 3 S. 14; Bd. 20, S. 158. S. dazu auch Furler, Verw.Arch. 33 S. 413/14.

[6]) Vgl. hierzu auch Otto Mayer, Sächs. Arch. 1913 S. 9; Schattenberg, Entschädigung unschuldig Verhafteter u. Bestrafter S. 15/16.

[7]) So ganz besonders R.G.Z. Jur. Woch. 1914 S. 677; Otto Mayer, Verw. Recht II S. 304.

[8]) Die Rechtsprechung der österreichischen Gerichte nahm eine ähnliche Entwicklung. Ein Teil der Erkenntnisse lehnte die Entschädigungspflicht ab, weil kein positiver Rechtssatz sie ausgesprochen habe. Ein anderer Teil erkannte den Ersatzanspruch an, fand jedoch keine zufriedenstellende Begründung und nahm seine Zuflucht zu Konstruktionen des Zivilrechts. Vgl. hierzu Perlmann, Arch. f. ö. R. Bd. 24 S. 562/563.

Wir haben gesehen, daß wir es hier mit einer Frage aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu tun haben. Das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch herzuleiten ist, wie auch der Anspruch selbst, ist öffentlichrechtlicher Natur. Daher mußten alle Versuche, das Problem mit rein bürgerlichrechtlichen Erwägungen oder solchen der zivilrechtlichen Analogie zu klären, abgelehnt werden[1]). Positivrechtliche ausdrückliche Normen fehlen. Der Gesetzgeber hat wohl Ersatzansprüche gegen den Staat in den Beamtenhaftungsgesetzen anerkannt. Und zwar haftet jetzt grundsätzlich der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, kraft reichsverfassungsrechtlichen Satzes. Den Streit über die Gesetzeskraft des Artikel 131 RV. hat das Reichsgericht auf Grund des Art. 13 RV.[2]) dahin entschieden, daß er geltendes Recht und alleiniger Grund für die Amtshaftung ist[3]). Hieraus folgt die Aufhebung aller entgegenstehenden reichs- oder landesrechtlichen Bestimmungen. Besonders wichtig ist die des § 5 des Preußischen Beamtenhaftungsgesetzes vom 1. August 1909[4]), wonach die Geltendmachung von Ansprüchen aus schädigenden Polizeiverfügungen erst nach Aufhebung letzterer möglich war.

Die Haftpflicht des Staates bzw. der öffentlichen Körperschaft nach Artikel 131 RV. besteht aber nur in den Grenzen, in denen der Beamte nach § 839 B.G.B. selbst haftet[5]). Voraussetzung ist also regelmäßig vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht. Diese Normen scheiden daher für unsere Untersuchung aus.

W. Jellinek[6]) begründet allerdings seine Ansicht über die Entschädigungspflicht des Staates mit dem Vorhandensein der genannten Normen. Daher sei in diesem Zusammenhang kurz auf ihn eingegangen. Jellinek scheidet die Arten der staatlichen Eingriffe wie wir. Auch er wendet sich gegen die Zuteilung der schuldlos rechtswidrigen Eingriffe zu dem Gebiet der rechtmäßigen und begründet diese Stellungnahme treffend mit einem Beispiel der Verurteilung eines Angeklagten, von dessen Schuld der Richter überzeugt ist und es nach Lage der Sache sein muß, die aber in Wirklichkeit nicht besteht. Die Entschädigungsfrage will Jellinek allerdings davon abhängig machen, ob der Staat (oder die betr. öffentlichrechtliche Kör-

---

[1]) Vgl. hierzu noch Perlmann, Arch. f. ö. R. 24 S. 562, Otto Mayer, Neue Zeit- u. Streitfr. S. 21; Tezner, Arch. f. ö. R. 9 S. 497: „Unwissenschaftlich und gewaltsam sind privatrechtliche Lösungsversuche."

[2]) R.G.Z. Bd. 102 S. 166 ff.

[3]) Dieser Ansicht hat sich Anschütz i. d. 10. Auflage seiner Verf. d. Deutschen Reichs S. 529/530 angeschlossen.

[4]) Besonders ausgesprochen durch Beschluß des Reichsgerichts vom 20. 2. 1923.

[5]) Vgl. Anschütz, Kommentar z. Reichsverf. Ziff. 6 zu Artikel 131. R.G.Z. Bd. 114 S. 199; Furler, Verw.Arch. 33 S. 407.

[6]) W. Jellinek, Verw. Recht S. 328 ff.

perschaft) durch den schuldlos rechtswidrigen Eingriff einen Vorteil erlangt hat oder nicht. Im letzten Falle lehnt er einen Entschädigungsanspruch grundsätzlich ab. Ohne Bereicherung hafte der Staat nicht. Dies ergebe sich aus dem Artikel 131 RV. in Verbindung mit § 839 B.G.B.. Lassen diese Normen eine Amtshaftung nur bei schuldhafter Amtspflichtverletzung eintreten, so spreche man ihnen jeden Sinn ab, wenn man die Amtshaftung auch bei schuldloser Rechtswidrigkeit eintreten lassen wolle[7]). Entschädigungsansprüche in diesen Fällen könnten nur durch besondere Gesetze geschaffen werden.

Dieser Schluß läßt sich aber aus dem Artikel 131 RV. nicht ziehen. Die genannten Bestimmungen sollten nur die Fälle regeln, in denen deliktisches Verhalten des Beamten vorliegt, und ein Anspruch des Bürgers gegen den Beamten gegeben ist. Hier soll der Staat der Haftende sein, um dem Verletzten den tatsächlichen Ersatz seines Schadens zu gewährleisten. Daraus folgt, daß diese Normen für die Lösung der Frage der Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen wie auch bei rechtmäßigen Eingriffen auszuscheiden haben[8]).

Aber auch die Voraussetzungen, die Jellinek für den Entschädigungsanspruch fordert, sind nicht berechtigt. Da die Entschädigung einen Ausgleich im Sinne einer Wiedergutmachung bedeuten soll, kann man den Anspruch des Geschädigten nicht einseitig von einer unberechtigten Besserstellung des Staates abhängig machen[9]).

Ebensowenig sind die Bestimmungen der §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht[10]) in Verbindung mit der die Ersatzpflicht einschränkenden Kabinettsorder vom 4. Dezember 1831 anzuwenden. Tritt ein Widerspruch zwischen den Rechten und Vorteilen der Staatsbürger und den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls ein, so muß der hiervon Betroffene zurückstehen. Diese Pflicht ist gesetzlich festgelegt. Trifft den Bürger hierbei ein Schaden, so erfolgt er in Ausübung rechtmäßiger Staatstätigkeit. Der Entschädigungsanspruch des § 75 E.A.L.R. ist also im einzelnen Falle nur begründet, wenn das staatliche Vorgehen dem Gesetz entspricht[11]).

Das gleiche gilt von dem Schadensersatzanspruch, den der § 70 des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931[12]) gewährt.

---

[7]) Aehnlich auch Stengel, Annalen 1901 S. 591.
[8]) Vgl. ebenso Furler, Verw.-Arch. 33 S. 408/409.
[9]) Vgl. ebenso Furler S. 411.
[10]) Sie sind noch gültig, wenn auch ihr Anwendungsbereich durch §§ 21, 70 ff. Preuß.Pol.Verw.G. stark eingeschränkt ist. Vgl. hierzu Schäfer, J.W. 1932 S. 448.
[11]) Vgl. Friedrichs, Polizeiges. S. 52, 12. Anschütz, Komment. z. Reichsverf. Zif. 15 zu Artikel 153. W. Jellinek, Verw. Recht S. 330.
[12]) Preuß. Pol.Verw.Gesetz vom 1. 6. 31 i. Preuß. Gesetzsammlung 1931 S. 77 ff.

§ 21 gestattet unter bestimmten Voraussetzungen ein polizeiliches Einschreiten auch gegen die nach den allgemeinen Grundsätzen nicht polizeipflichtigen Personen. Erleiden diese durch die Maßnahmen einen Schaden, so soll ihnen nach § 70 Entschädigung gewährt werden. § 21 bildet die gesetzliche Grundlage für das polizeiliche Einschreiten, die Polizei handelt also bei richtiger Anwendung dieser Vorschrift in rechtmäßiger Amtsausübung.

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die Rechtssätze über die Enteignung (Artikel 153 RV. und die landesgesetzlichen Enteignungsgesetze) außerhalb des zu untersuchenden Gebietes liegen. Denn auch hier handelt es sich um rechtmäßiges Tätigwerden der Staatsgewalt.

Ein ausdrücklicher Rechtssatz, durch den eine allgemeine Entschädigungspflicht begründet würde, besteht also nicht. Nur für einzelne Fälle ist eine Regelung erfolgt. Ueber die Bedeutung dieser Vorschriften wird unten näher zu sprechen sein. Ein Gewohnheitsrecht hat sich ebensowenig herausgebildet.

Und doch darf diese Feststellung nicht dazu führen, eine Entschädigungspflicht des Staates in den fraglichen Fällen grundsätzlich abzulehnen.

Bei Betrachtung des Problems der öffentlichrechtlichen Entschädigung steht die Frage im Vordergrund, wie sich das Verhältnis des Bürgers zum Staat gestaltet. Je nach der weltanschaulichen Einstellung und dem Werdegang der geschichtlichen Entwicklung wird sich eine andere Antwort darauf ergeben. Greift die Staatsgewalt bei Erfüllung ihrer Aufgaben in den Rechtskreis des Bürgers ein, so läßt sich die Ansicht vertreten, daß es mit dem hoheitlichen Charakter dieser Akte nicht vereinbar ist, eine Verantwortlichkeit des Staates zu begründen. Dem gegenüber wird eine andere Auffassung den Staat auch trotz seiner Hoheitsnatur zum Ausgleich des Schadens für verpflichtet halten[13]). Welche Ansicht eine gültige Antwort erteilen kann, ist nicht als unabänderliche Wahrheit feststellbar. Vielmehr werden die Fragen notwendig verschieden beantwortet werden müssen. Entscheidend ist die weltanschauliche Tendenz des betreffenden Zeitabschnittes, die Auffassung vom Staate und die dadurch beeinflußte Gestaltung der staatlichen Verfassung. Damit ist gleichzeitig dargetan, daß die Antwort nur Wert hat und Anspruch auf Geltung erheben kann für die bestimmte Zeit, aus deren Charakter heraus sie erwachsen ist.

Wir haben die Entwicklung des Verhältnisses des Untertanen zum Staat kennen gelernt, haben zuletzt den Polizeistaat betrachtet, dem die nach veränderlichen „Polizeigesetzen" geführte Verwaltung, der mangelnde Rechtsschutz und das stark ausgeprägte Untertanen-

---

[13]) Vgl. hierzu Otto Gierke, Verh. d. 28. dtsch. Juristentages 1. Bd. S. 130.

verhältnis eigen waren. Wohl versuchte die Praxis der Gerichte, dem Untertan mit Hilfe des Privatrechts ein von der Staatsgewalt zu achtendes Lebensgebiet zu wahren. Der souveränen landesherrlichen Macht gegenüber war dieser Schutz wenig erfolgreich[14]). Danach erkannten wir eine langsame Entwicklung, die zur Bildung einer nach festen Sätzen begrenzten staatsfreien Sphäre des Bürgers hinführte. Der Polizeistaat wurde abgelöst durch den Rechtsstaat[15]).

Den Begriff „Rechtsstaat" zu umschreiben, zu zeigen, welche Grundsätze ihn beherrschen, muß jetzt unsere Aufgabe sein. Wir können keine Entwicklung der Gedankengänge geben, die Rechtsphilosophie und Staatslehre zu dem ersehnten „Rechtsstaat" führten. Eine Untersuchung dieser Art würde über den Rahmen der Arbeit hinausgehen. Nur die Hauptmerkmale gilt es aufzuzeigen, die das Wesen des Rechtsstaates bestimmen, und danach zu untersuchen, wie weit diese Grundsätze heute verwirklicht sind. Ob sie dazu berechtigen, den heutigen Staat als Rechtsstaat zu bezeichnen.

Wie die bisherigen Erörterungen zeigen, gebrauchen wir den Begriff Rechtsstaat nicht in dem Sinne der älteren Staatslehre, die — von Locke und Kant vertreten — den alleinigen Zweck des Staates in der Verwirklichung der Rechtsidee sah[16]). Diese Ansicht ist aufgegeben, da man erkannt hat, daß die Zwecke des Staates weit zahlreichere sind[17]). Nicht „Rechtsstaat" als einziger Staatszweck, sondern als Form zur Verwirklichung der Staatszwecke. In diesem Sinne verstehen wir den Begriff. Durch die Arbeiten Robert von Mohls ist er zum Bestandteil unseres öffentlichen Rechtes geworden[18]). Klar wurde er geprägt von Stahl[19]), dessen Definition wir ihrer Anschaulichkeit wegen wiedergeben: „Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung und das ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern . . . Dies ist der Begriff des Rechtsstaats, nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe, ohne administrative Zwecke oder vollends

---

[14]) Vgl. Thoma, Jahrbuch d. ö. R. IV 1910 S. 196. Derselbe S. 197: „Es ist wahrscheinlich, daß jeder Fall des Zusammenstoßes zwischen öffentlichem und Einzelinteresse nach dem Gesetz erledigt wurde, unter dessen Herrschaft er entstand, aber es ist nicht gewiß, wie der Rechtsbegriff es fordert."

[15]) Vgl. über die Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens v. Gierke, Althusius S. 264 ff.

[16]) v. Gierke, Althusius, S. 303 u. Anm. 100.

[17]) Vgl. v. Gierke, Althusius S. 319.

[18]) R. v. Mohl, Das Staatsrecht d. Königreichs Württemberg I S. 8 (1829); Thoma a. a. O. S. 197.

[19]) Stahl, Rechts- und Staatslehre 3. Aufl. Abt. 2 S. 137. Vgl. auch Bähr, Rechtsstaat, S. 1/2. Eine gute Definition auch bei v. Gierke, Grundbegriffe S. 36.

bloß die Rechte der einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen."

Trennung der Gewalten im Sinne der Ausübung der einzelnen Funktionen der Staatsgewalt durch möglichst voneinander unabhängige Organe[20]), Ausbau des Rechtsschutzes des einzelnen, Bindung der Verwaltung an das Gesetz, das sind die Hauptgrundsätze, deren Verwirklichung den Rechtsstaat ausmacht. Schaffung und feste Abgrenzung einer Freiheitssphäre des Bürgers, die gegenüber staatlichem Machtstreben unverletzbar erscheint. Bei trotzdem erfolgter Verletzung ein von Beeinflussungen der Exekutive unabhängiges Rechtsschutzmittel für den Betroffenen[21]). Ausschaltung der Willkür in der Verwaltung, Gebundensein an die verfügten Staatsakte, kurz vollziehende Staatstätigkeit im Rahmen der Gesetze[22]).

Ist hiermit der „Rechtsstaat" begrifflich dargelegt, so bedarf es jetzt des Nachweises, wie weit diese Forderungen — denn als solche sind sie in langer Entwicklung von der Rechtswissenschaft aufgestellt worden — heute verwirklicht sind[23]).

Für die Teilung der Gewalten spricht schon äußerlich die Regelung der einzelnen Funktionen der Staatsgewalt in getrennten Abschnitten der Reichsverfassung vom 11. August 1919: „Reichsgesetzgebung", „Reichsverwaltung", „Rechtspflege"[24]). Bei der näheren Untersuchung kann es nur darauf ankommen, nachzuweisen, daß die organisatorischen Grundlinien des Staatswesens durch das Prinzip der Teilung der Gewalten beherrscht werden. Ob es Ausnahmen hiervon gibt, muß für die Bejahung des Rechtsstaates gleichgültig sein.

Die Trennung der Justiz von der Verwaltung ist reichsrechtlich anerkannt in § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz und § 4 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung. Hier werden die Tätigkeitsgebiete der Justiz und der Verwaltung gegeneinander abgegrenzt. Das Nähere, wie die landesrechtliche Ermächtigung, bestimmte bürgerlichrechtliche Gebiete der Verwaltung zuzuerkennen, ist ohne Belang[25]). Wesentlich ist, daß Rechtsprechung und Verwaltung unabhängig gestellt sind. Hierfür spricht Artikel 102 RV. Ferner das

---

[20]) Vgl. auch Bähr S. 54.

[21]) Vgl. hierzu Thoma S. 197, 204, 205, 214.

[22]) Vgl. auch Hatschek, Verw. Recht § 2 II; Schmitt, Verfassungslehre, S. 130 ff. Huther, Verw. Recht u. Verw. Rechtswissenschaft i. Mecklenburg, Mecklbg. Zeitschrift f. Rechtspflege, Rechtswissensch. u. Verw. 1926 (42) Spalte 319.

[23]) Wir beschränken uns grundsätzlich hinsichtlich der Frage der Verwirklichung d. Rechtsstaatsgedankens auf die Untersuchung der Verhältnisse im Reich. — Vgl. W. Jellinek, Verw. Recht S. 88 ff. Derselbe, Veröff. d. Staatsrechtslehrer Heft 2 S. 78/79.

[24]) 1. Hauptteil, 5. 6. 7. Abschn. der RV.

[25]) Vgl. hierzu Hatschek, Verw. Recht § 3 II.

Bestehen des Kompetenzkonfliktsgerichtshofs als neutrale Instanz zur Entscheidung über Fragen der Zuständigkeit[26]).

Die Gesetzgebung ist grundsätzlich der Volksvertretung vorbehalten. Materielles Recht zu schaffen, gehört zwar auch zur Aufgabe der Verwaltung (Polizeiverordnungen). Ebenso kann der Reichspräsident auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung Rechtssätze schaffen, deren Bestehenbleiben aber vom Reichstag abhängig ist. Grundsätzlich liegt demnach die Gesetzgebungskompetenz dem Reichstag und den Landtagen ob. Daß eine gewisse Mitwirkung der Verwaltung insofern erforderlich ist, als sie gehört wird, um die hier gewonnenen Erfahrungen bei den zu schaffenden Gesetzen zu verwerten, bedeutet keine Verwischung der Trennungslinien. Ebensowenig widerspricht es dem Grundsatz, wenn das Reichsgericht gemäß Artikel 13 II (Gesetz vom 8. 4. 1920) gesetzeskräftige Beschlüsse erlassen kann. Denn das Reichsgericht setzt hier nicht Recht, sondern stellt nur fest, was schon Recht ist[27]).

Auch Verwaltung und Gesetzgebung sind gegeneinander abgegrenzt, wenn auch zahlreiche Uebergänge vorhanden sind, die ihren Grund in dem parlamentarischen System, besonders in der Ministerverantwortlichkeit haben. Hier ist eine Beeinflussung der beiden Funktionsträger nicht zu leugnen, die praktisch den ganzen Behördenapparat durchzieht. Ebenso muß die begrenzte Rechtssetzungsbefugnis von Verwaltungsbehörden (Ortsstatuten, Polizeiverordnungen u. a. m.) als gegen den Grundsatz verstoßend erwähnt werden[28]).

Die Untersuchung ergibt jedoch, daß der Grundsatz der Trennung der einzelnen Aeußerungen der Staatsgewalt im allgemeinen gewahrt ist[29]). Die Abgrenzung der Rechte und Pflichten von Staat und Bürger ist die praktische Folge. Von deren Verwirklichung zeugt der zweite Hauptteil der Reichsverfassung „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen"[30]). Wenn auch an die einzelnen Grundrechte ein verschiedener rechtlicher Maßstab zu legen und der Rechtswert der Artikel zum Teil sehr umstritten ist, weil Zweifel bestehen, ob die Bestimmung schon Normcharakter hat oder nur Anweisung an den Gesetzgeber ist, so ist doch allen die Zielrichtung gemeinsam, die Eingriffsfreiheit der Staatsgewalt zu begrenzen und einen staatsfreien Rechtskreis des Bürgers zu schaffen. Der einzelne soll in bestimmten Gütern geschützt werden, soll einen Lebenskreis besitzen, der der Auswirkung der Staatsgewalt gegenüber eine Schranke bildet.

---

[26]) Layer, Veröffentlichungen d. Staatsrechtslehrer 1929 Heft 5, S. 124, 129.

[27]) So auch W. Jellinek, Verw. Recht S. 10.

[28]) W. Jellinek, Verw. Recht S. 12/13.

[29]) W. Jellinek, Verw. Recht S. 8, 13. Vgl. auch Schmitt, Verfassungslehre, S. 128/129. Fleiner, Verw. Recht, S. 11 Anm. 8.

[30]) Vgl. hierzu Anschütz, Verfass. 2. Hauptteil Einl. 1 ff.

Zwar ist auch hier ein weiterer und ein engerer Kreis in dem Sinne zu unterscheiden, daß in Ausnahmezeiten in den ersteren eingegriffen werden kann. Doch sagt das nichts gegen die grundsätzliche Abgrenzung, die — in beschränktem Umfange — dennoch erhalten bleibt.

Gewährleistet wird der Schutz des staatsfreien Kreises und der von der Staatsgewalt erfaßbaren Belange des Bürgers durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und ein — wenn auch nicht bis zur Vollendung — ausgebautes System von Rechtsschutzmitteln. Gegenüber den auch für den konkreten Fall veränderlichen Polizeigesetzen binden jetzt Rechtsgesetze die Verwaltungsbehörde und die Untertanen[31]). Jeder Akt der vollziehenden Gewalt, der in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingreift, bedarf einer gesetzlichen Grundlage, erlangt erst durch sie seinen rechtlichen Gehalt.

Hält sich der Bürger durch den staatlichen Akt für ungerechtfertigt benachteiligt, so sind ihm an Stelle der wenig günstigen, nur durch die alte Fiskuslehre gestützten privatrechtlichen Behelfe gesetzlich gewährleistete Rechtsmittel gegeben. Der Ausbau der Verwaltungsrechtspflege, deren Vervollkommnung eine Forderung der Reichsverfassung[32]) ist, brachte in Preußen durch das Landesverwaltungsgesetz vom 30. 7. 1883 und das Zuständigkeitsgesetz vom 1. 8. 1883, neuerdings durch das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931 die nähere — allerdings noch lückenhafte — Ausgestaltung der Sicherungsmittel gegen Uebergriffe der Staatsgewalt[33]). Endlich sei in diesem Zusammenhange auf die Schaffung des Staatsgerichtshofs und der Wahlprüfungsgerichte hingewiesen[34]).

Diese Ausführungen mögen genügen, um die Ansicht zu rechtfertigen, der heutige Staat sei Rechtsstaat[35]). Aus den gefundenen Ergebnissen gilt es nun, die Folgerung für die Frage der Kollision zwischen Staatsgewalt und Einzelinteresse zu ziehen.

Daß ein Entschädigungsanspruch gegeben sein muß[36]), entspricht der Billigkeit. Aber bei der Betrachtung der Ansicht von Otto Mayer haben wir erkannt, daß gerade hier der Mangel seiner Lehre

---

[31]) Vgl. Kormann, System d. rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 200.

[32]) Artikel 107 RV.

[33]) Vgl. auch Schmidt, Staatswesen S. 136.

[34]) Schmitt, Verfassungslehre S. 138.

[35]) Vgl. auch W. Jellinek, Veröff. d. Staatsrechtslehrer, Heft 2 S. 79. Ob und inwieweit sich diese Ergebnisse durch die weite Anwendung des Artikels 48 RV. in neuester Zeit geändert haben, ist nicht untersucht worden, da diese Maßnahmen ihrer vorübergehenden Natur wegen die allgemeine Zielrichtung der Entwicklung nicht beeinflussen.

[36]) Drews erkennt dies im Preuß.Verw.Bl. Bd. 47 S. 571 ff. an. Er will aus der ausdrücklichen Versagung der Entschädigung in § 315 des Pr. Wassergesetzes schließen, daß in solchen Fällen ohne besonderen Ausschluß Ersatz zu leisten ist.. — Vgl. auch Tobler, Züricher Beiträge z. Rechtswissenschaft 1905 I. S. 23, 24.

liegt. Praktische Verwertbarkeit der Einsicht, daß der Ausgleichsanspruch eine Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit ist, ist unmöglich, solange die rechtliche Begründung für das Vorhandensein dieses Anspruchs fehlt.

Sie ergibt sich aus dem Wesen des Rechtsstaates. Der Bürger hat nur soweit Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitskreises zu dulden, als sie durch Gesetz oder gesetzliche Ermächtigung festgelegt sind. Anschütz[37]) folgert aus der Entwicklung des Polizeistaates zum Rechtsstaat, daß eine Entschädigung bei rechtmäßigem Eingriff nur dann zu gewähren ist, wenn sie durch Gesetz zugesagt ist. Zwang könne nur ausgeübt werden durch Gesetz oder gesetzlich gedeckte Verfügung. „Vor der Gesetzgebung sinken alle Einzelrechte in nichts dahin. Der Verwaltung gegenüber verschmelzen sie in das einzige hochbedeutsame Recht, keinen gesetzwidrigen Zwang zu dulden"[38]).

Wie man auch zu der Entschädigungsfrage bei rechtmäßigem Handeln der Staatsgewalt stehen mag, so folgt gerade aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen, daß der durch gesetzlich nicht gedeckten Eingriff der Staatsgewalt beeinträchtigte Bürger für den Schaden Ersatz erhalten muß[39]). Grenzt das Recht die Einwirkungsfreiheit der Staatsgewalt fest ab und schafft es eine von ihm gewährleistete „staatsfreie Sphäre", so ergibt sich mit Notwendigkeit die rechtliche Pflicht zum Ausgleich, wenn der einzelne über die gezogenen Grenzen hinaus in Anspruch genommen wird. Welchen Wert hat anders die gesetzliche Festlegung der Rechte und Pflichten von Staat und Bürger, wenn der Untertan bei trotzdem erfolgter Ueberschreitung der staatlichen Machtbefugnisse schutzlos ist? Wird der Bürger über diese Grenzen hinaus in Anspruch genommen und erleidet er hierbei einen Schaden, so ist der Staat zur Wiedergutmachung verpflichtet, denn hier fehlt es an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die den obersten Grundsatz des Rechtsstaates bildet[40]).

Wenn Anschütz weiter sagt[41]), der Spezialisierung der Eingriffsrechte müsse eine solche der Entschädigungen entsprechen, so folgt — die Gültigkeit dieses Satzes angenommen — daraus nicht das Fehlen des Rechtes auf Schadensausgleich in Fällen rechtswidriger Betätigung der Staatsgewalt, denn hier mangelt es an einem Eingriffs-„recht".

---

[37]) Anschütz, Verw.Arch. V. S. 1 ff.
[38]) Anschütz, Verw.Arch. V, S. 24.
[39]) a. A. Friedrichs, Schadensersatzansprüche S. 38. Ein Grundsatz, daß der Staat den Schaden zu ersetzen hat, den ein einzelner erleidet, weil er zu Unrecht durch die staatliche Zwangsgewalt verpflichtet wird, habe in Deutschland nie gegolten und gelte auch heute nicht.
[40]) So auch Furler, Verw.Arch. 33 S. 413; vgl. Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 95, 120.
[41]) Anschütz, Verw.Arch. V S. 56.

Aus der Entwicklung des öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruchs und seiner Begründung folgt weiter, daß die Ausgleichspflicht des Staates nicht von der Verletzung eines subjektiven oder wohlerworbenen Rechtes[42]) abhängig gemacht werden kann. Ganz abgesehen von der Unklarheit des Begriffes ist diese Beschränkung des Anspruches nicht gerechtfertigt. Erfordert der Grundsatz des Rechtsstaates, daß der durch widerrechtlichen Verwaltungsakt Geschädigte so gestellt wird, wie er stehen würde, wenn sich die Staatsgewalt ihm gegenüber in den Grenzen der Gesetze gehalten hätte, so muß er auch wegen der tatsächlichen Schäden Ersatz erlangen, bei denen eine Verletzung eines subjektiven oder wohlerworbenen Rechtes nicht festgestellt werden kann[43]).

Die teilweise gesetzliche Regelung[44]) der Entschädigungsfragen bei rechtswidrigem Eingriff ist nicht als ausschließliche anzusehen[45]). Alle in Betracht kommenden Fälle können gar nicht durch Spezialgesetze entschieden werden, da eine Normierung an der Vielgestaltigkeit des Verwaltungslebens scheitern müßte. Sind also einzelne Fragen durch ausdrücklichen Rechtssatz geregelt, so geschah dies, weil die Entschädigungspflicht hier als besonders dringend erkannt wurde, und man durch positiven Rechtssatz Klarheit schaffen wollte. Diese Gesetze können daher nicht zur Begründung der Ansicht verwertet werden, daß in den gesetzlich nicht geregelten Fällen jeder Entschädigungsanspruch fehle. Aus ihnen ist vielmehr der gemeinsame Grundgedanke zu erkennen, den wir aus dem Wesen des Rechtsstaates abgeleitet haben[46]).

Eine weitere Stütze findet unsere Ansicht in dem Artikel 109,1 RV.: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich." Ob man diesen Satz für unmittelbar anwendbares Recht oder nur als Anweisung an den Gesetzgeber ansieht[47]), in beiden Fällen beweist er, daß das gegenwärtige Verfassungsleben beherrscht ist von dem Gedanken: Rechtsprechung und Verwaltung sollen alle Staatsbürger bei Anwendung des konkreten Rechtssatzes gleich behandeln. Daraus folgt aber wieder, daß der Staat dann zur Beseitigung der „Ungleichstellung" verpflichtet ist, wenn er das Gesetz auf den einzelnen anders anwendet als auf die Allgemeinheit oder über das Gesetz hinaus-

---

[42]) So Otto Mayer, Verw. Recht II, S. 308; derselbe, Neue Zeit- u. Streitfr. S. 8.

[43]) So auch Sprecher v. Bernegg, Ueber d. Entschädigungspflicht d. Staates, S. 129 ff. Vgl. Lachs, Der Rechtsgrund d. ö. r. Entschädigung S. 106/107.

[44]) Z. B. Gesetz betr. die Entsch. f. unschuld. erlitt. Untersuchungshaft v. 14. 7. 1904 u. Gesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 2. Mai 1898.

[45]) So auch Bühler „Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht", Verw. Arch. 27 (S. 283 ff.), S. 301. Perlmann, Arch. f. öff. Recht 24 S. 533. Derselbe, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 58.

[46]) So auch Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34, S. 57 ff.

[47]) Vgl. W. Jellinek, Verw. Recht S. 163 ff.

geht, und dadurch ein Schaden eingetreten ist[48]). Daß diese Lösung des Problems der Billigkeit entspricht, braucht kaum betont zu werden. Unzutreffend sind auch Bedenken, die Zuerkennung des Entschädigungsanspruchs widerspreche dem Staatsinteresse, verkenne die Notwendigkeit staatlichen Handelns und hemme staatliches Leben und die Entwicklung staatlicher Gemeinschaft. Es ist sogar zu behaupten, daß wir den Entschädigungsanspruch anerkennen, gerade weil wir von der Erforderlichkeit staatlichen Eingriffs in den bezeichneten Fällen überzeugt sind. Hiermit entfällt auch der Vorwurf, wir stellten das Individuum, sein Wohl und seine Lebensinteressen zu stark in den Vordergrund, wodurch die Gemeinschaft und deren Belange verkümmern müßten. Nein, der Staat muß und soll den einzelnen in Anspruch nehmen, wenn es die geordnete Durchführung seiner Aufgaben erfordert. Er kann nicht in jedem Falle für eine dem Recht entsprechende Behandlung seiner Untertanen garantieren. Die Erfüllung seiner hohen, durch die Erfordernisse der Gemeinschaft notwendigen Pflichten bedingt ein Handeln auch auf die Gefahr hin, daß die staatlichen Mittel in dem einen oder anderen Falle fehlgehen.

Hier liegt die Lösung der Frage, ob ein Staatswesen eine positive Entwicklung nehmen kann, der alte Widerspruch: auf der einen Seite möglichst Freiheit, auf der anderen festes, straffes Regiment. Die richtige Grenze zu finden, ist die Aufgabe gesunder Politik. Ihr Erfolg wird das Gedeihen des Gemeinwesens sein[49]).

Erfordert das Staatsinteresse, diesen Notwendigkeiten gerecht zu werden, so entspricht es ebenso den Belangen des Staates, den widerrechtlich zugefügten Schaden auszugleichen. Der Bürger ist nur dem Recht unterworfen. Eine Bürgerpflicht, gesetzwidrigen Zwang entschädigungslos zu dulden, wäre im Rechtsstaat eine contradictio in adjecto.

Gerade das Staatsinteresse verlangt die Erfüllung dieser Forderung der Billigkeit. Nur wenn für widerrechtliche Schäden Ausgleich geleistet wird, ist freudige Mitarbeit des Bürgers am Staate und damit Aussicht auf Fortentwicklung des Staatswesens gewährleistet. Durch die Anerkennung des Entschädigungsanspruchs werden die Forderungen des Gemeinwesens also nicht zurückgesetzt, sondern erst die Voraussetzungen für die gedeihliche Entwicklung der Gesamtheit erfüllt.

---

[48]) Zu ähnlichen Gedanken wird Sprecher v. Bernegg durch den Artikel 4 der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. 5. 1874 (Abs. 1) „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich" veranlaßt. A. a. O. S. 123 ff.

[49]) Vgl. hierzu auch Bähr, Rechtsstaat, S. 168 ff.; Thoma, Jahrbuch d. öffentl. Rechts, Bd. IV. 1910 S. 206. Schmidt, Staatswesen S. 129: „Nicht ungehemmte staatliche Energie, nicht volle Freiheit des Bürgers, sondern harmonisches Verhältnis zwischen Kraftentfaltung des Staates und freiem Kräftespiel der Individuen ist in der harten Realität das zu erstrebende Ideal".

Ein ungesunder Individualismus soll nachdrücklich verurteilt werden. Aber die sich entwicklungsmäßig bahnbrechenden sozialen Anschauungen verlangen die Zurückweisung von Forderungen, die das Staatsganze keineswegs fördern, wohl aber den einzelnen in starkem Maße benachteiligen[50]). Ein Staat muß untergehen, wenn seinen berechtigten Belangen gegenüber das Wohl des einzelnen maßlos in den Vordergrund gerückt wird, „wenn die dem Rechtsstaatsgedanken zugrundeliegende liberale Staatsauffassung in einen anarchischen Liberalismus ausartet. Indessen neben dem anarchischen Liberalismus des „fiat justitia pereat mundus" gibt es auch den staatserhaltenden Liberalismus des „justitia fundamentum regnorum". Der anarchische Liberalismus begünstigt das Recht des einzelnen um des einzelnen willen, der staatserhaltende Liberalismus um des Staates willen, in der Ueberzeugung, daß ein aus freien, rechtsbewußten Bürgern zusammengesetzter Staat mächtiger ist als ein despotischer Staat, der nur rechtlose Untertanen kennt"[51]).

§ 11

Der Umfang des Entschädigungsanspruchs.

Haben die bisherigen Untersuchungen ergeben, daß ein Entschädigungsanspruch begründet ist, so fragt es sich jetzt, in welcher Höhe der Schaden zu ersetzen ist. Allgemeine positiv-rechtliche Bestimmungen fehlen. Aus der Betrachtung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses und den gezogenen Folgerungen ergibt sich die Notwendigkeit vollen Schadensersatzes. Der Grund des Anspruchs bestimmt die Höhe der Entschädigung[1]). Der durch den widerrechtlichen Verwaltungsakt geschädigte Bürger soll so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die Staatsgewalt ihm gegenüber in dem Gesetz entsprechender Weise vorgegangen wäre. Dem § 249 B.G.B. liegt ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde, der nicht deshalb auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt werden darf, weil er im Bürgerlichen Gesetzbuch ausgesprochen ist[2]). Der Ersatzanspruch umfaßt daher auch den entgangenen Gewinn. Hierin stimmen wir mit Otto Mayer überein[3]).

§ 12

Die Frage der Zuständigkeit.

Abschließend seien noch einige Bemerkungen zu der Frage der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder der Verwaltungsgerichte bzw. -behörden gemacht.

---

[50]) Vgl. Perlmann, Grünhuts Zeitschr. 34 S. 97.
[51]) W. Jellinek, Veröff. d. Staatsrechtslehrer, Heft 2 S. 79/80.
[1]) So auch Brand, Beamtenrecht 3. Aufl. S. 605.
[2]) Vgl. auch Schelcher, Fischers Zeitschr. 52 S. 153 ff.
[3]) O. Mayer, Verw. Recht II S. 309; ebenso Koch, Das Problem d. ö. r. Entschädigung, S. 75.

§ 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind". Auf den Streit über die Abgrenzung des Begriffes „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" braucht nicht eingegangen zu werden. Es genügt, die herrschende Ansicht festzustellen. Sie versteht unter „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" Streitigkeiten des Privatrechts, Streitigkeiten also, die ihrer inneren Natur nach dem Privatrecht angehören[1]). Nach unseren über die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs geführten Untersuchungen steht der öffentliche Rechtscharakter fest. Somit ist der ordentliche Rechtsweg nach § 13 G.V.G. nicht gegeben. Der Reichs- und Landesgesetzgebung ist jedoch erlaubt, auch Streitigkeiten öffentlichrechtlicher Natur auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen (§ 4 des Einführungsgesetzes zum G.V.G.)[2]). Mit dieser Verweisung verliert das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis seinen Rechtscharakter nicht. Die formelle Frage der Zuständigkeit kann auf die innere Rechtsnatur des strittigen Anspruchs nicht von Einfluß sein. Oeffentliches Recht und privates Recht sind ihrem Wesen nach derart verschieden, daß es unmöglich ist, durch eine Zuständigkeitsbestimmung aus einem Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts ein solches des Privatrechts zu machen[3]). Von der Ermächtigung des § 4 ist vielfach Gebrauch gemacht worden. Da die Frage der öffentlichrechtlichen Entschädigung bei rechtswidrigem Verwaltungsakt jedoch keinen positiv-rechtlichen Ausdruck gefunden hat, entfällt auch die Möglichkeit einer Zuständigkeitsbegründung durch ausdrückliche Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg.

Das Allgemeine Landrecht hatte in § 80 der Einleitung alle Streitigkeiten zwischen dem Staat und dem Untertan dem ordentlichen Rechtsweg zugewiesen. Diese weite Zuständigkeit wurde dann durch die §§ 35–40 der königlichen Verordnung vom 26. 12. 1808 und die Kabinettsorder vom 4. 12. 1831 insoweit eingeschränkt, als sie den Rechtsweg für die vom Staatsoberhaupt vorgenommenen Hoheitsakte für unzulässig erklärten[4]).

---

[1]) Hartmann, D.J.Z. 1910 Sp. 1259; R.G.Z. Bd. 22 S. 287; R.G.St. Bd. 15 S. 324; Fleiner, Verw. Recht S. 14.

[2]) § 4 E.GVG.: „Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betr. Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden."

[3]) Vgl. hierzu Hartmann, D.J.Z. 1910 Sp. 1259 ff.

[4]) Vgl. Kuhle, Die ö. r. Entschädigung, S. 59 ff. Loening „Gerichts- und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen". Halle 1914 S. 164 Anm. 2.

Die Bestimmungen des § 4 des preußischen Gesetzes „über die Zuständigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen" vom 11. 5. 1842[5]), sowie des § 73 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931 kommen hier nicht in Betracht, da sie nur für rechtmäßiges Handeln gelten[6]).

Es fehlt in Preußen und im Reich an einer Zuständigkeitsbestimmung für die fraglichen Fälle. Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit besteht nach § 7 Abs. 2 des preußischen Landesverwaltungsgesetzes nur für die besonders gesetzlich geregelten Tatbestände.

Wie wir bei der Erörterung der alten Fiskuslehre festgestellt haben, waren die Entschädigungsansprüche wegen Mißgriffen der öffentlichen Gewalt damals in ein privatrechtliches Gewand gekleidet, da man anders zu ihrer völligen Verneinung hätte kommen müssen. Sie waren also Ansprüche des bürgerlichen Rechts, und über sie entschieden die ordentlichen Gerichte. Nach der Umbildung vieler Zivilrechtsinstitute in öffentlichrechtliche mußte dann die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte geleugnet werden, da der Streit über die Ansprüche keine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" ist, und eine Verweisung auf den ordentlichen Rechtsweg nicht stattgefunden hat. Der Verwaltungsrechtsweg ist ihnen kraft der Bestimmung des L.V.G. verschlossen. Es bliebe nur der einfache Verwaltungsweg offen, dessen Entscheidung sich allerdings auch im Rahmen der Gesetze zu halten hat, der aber im Gegensatz zu der verfassungsrechtlich verbürgten Unabhängigkeit der Richter nach zurzeit noch herrschender Ansicht einen nicht ausreichenden Schutz des geschädigten Bürgers gewährleistet. Daher ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zu bejahen. Dies bedeutet keine gezwungene Konstruktion, sondern ein geschichtlich begründetes Festhalten am bisherigen Zustand[7]). Mit dieser Begründung des ordentlichen Rechtswegs werden wir dem geltenden Recht gerecht. Denn wir erkennen die Oeffentlichrechtlichkeit des Anspruchs an und erfüllen gleichzeitig die rechtsschutzpolitischen Forderungen[8]), die das Reichsgericht zur Annahme des privaten Rechtscharakters veranlassen.

---

[5]) Aufgehoben durch § 79 Abs. 2c Pr.Pol.Verw.G.

[6]) Anschütz, Verw.Arch. V S. 123.

[7]) Lassar, Erstattungsanspruch, S. 80 ff. Er prägt für Ansprüche der genannten Art den Begriff „Zivilprozeßsache kraft Ueberlieferung" S. 81. Vgl. auch Schelcher über die prozessuale Durchführung des Anspruchs, Fischers Zeitschr. 52 S. 91 ff. — Otto Mayer fordert vom Gesetzgeber die Beseitigung der seiner Ansicht nach gesetzlich begründeten Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. O. Mayer, Neue Zeit- u. Streitfr. S. 25/26. Perlmann, Arch. f. ö. R. 24 S. 565 ff.

[8]) Vgl. hierzu auch W. Jellinek, Veröff. d. Staatsrechtslehrer, Heft 2 S. 57/58.

Lebenslauf.

Geboren: am 28. Juni 1907 in Neusalz a. d. Oder als Sohn des Kaufmanns Ernst Tschacksch und seiner Ehefrau Klara, geb. Walter.

Schulbesuch: Bis 1919 Stadtgymnasium zu Halle a. S. Anschließend Besuch des Althoff-Realgymnasiums zu Nowawes bis zur Ablegung der Reifeprüfung Ostern 1926.

Studium: Studium der Rechtswissenschaften vom Sommersemester 1926 bis Wintersemester 1929 an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin; Sommer- und Wintersemester 1930 an der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn.

Examen: Erste juristische Staatsprüfung am 20. Juni 1931 am Oberlandesgericht in Kassel.

Praktische Ausbildung: Seit 1. Oktober 1931 als Referendar im Landgerichtsbezirk Potsdam.

Doktorprüfung: am 20. Februar 1932.